

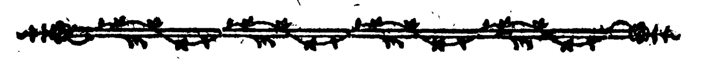
Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Funfzehnten Theils erste Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1813.



Fortsetzung des Titels
ad
Senatusconsultum Vellejanum.

§. 924.
Fälle, wo das Vellejanische Senatusconsult keine Anwendung findet.

Es giebt nun Fälle, in welchen Frauenspersonen sich nicht auf das Vellejanische Senatusconsultum berufen können. Dahin gehört

I. wenn sie sich der Wohlthat desselben unwürdig gemacht haben. Diese Fälle sind,

1) wenn die Intercedentin mit Betrug umging. Eine solche betrügerische Absicht ist in dem Falle anzunehmen, wenn sie, mit ihren Rechtswohlthaten bekannt, den unwissenden Gläubiger durch Uebernehmung einer Bürgschaft zu einem ihm nachtheiligen Credit zu verleiten suchte. Ulpian sagt *L. 2. §. 3. D. h. t.* Sed ita demum eis SCtum subvenit, *si non callide sint versatae.* Hoc enim DIVUS PIUS et SEVERUS rescripserunt. Nam deceptis, non *decipientibus* opitulatur. — Infirmitas enim feminarum, non *calliditas*, auxilium meruit. Eben so rescribirten auch die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 18. C. eadem*, wo es heißt: Feminis alienas vel veteres vel novas obligationes aliqua ratione suscipienti-

bus subvenitur: *nisi creditor aliqua ratione per mulierem deceptus sit:* nam tunc *replicatione doli* Senatusconsulti exceptionem removeri, constitutum est. Die bloße Wissenschaft, welche die Intercedentin zur Zeit der übernommenen Bürgschaft erweislich von ihrer Rechtswohlthat hatte, begründet an sich noch keinen Dolus, wenn solcher nicht aus andern Anzeigen erweislich ist [1]). Leyser [2]) ist zwar anderer Meinung, und bezieht sich auf den Ausspruch des Paulus, welcher *L.* 30. *pr. D. h. t.* sagt: Si decipiendi animo, *vel cum sciret, se non teneri,* mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei Senatusconsulti non datur: actionem enim, *quae in dolum mulieris competit,* amplissimus Ordo non excludit. Allein der angeführte Grund des Gesetzes lehrt deutlich, daß in dem Vordersatze nicht von zwey verschiedenen Fällen die Rede sey, sondern die Worte: *vel cum sciret, se non teneri,* blos zur Erläuterung der vorhergehenden dienen sollen, in welcher Bedeutung das Wort *vel* öfters sowohl in unsern Gesetzen [3]), als bey den Klassikern vorkommt [4]).

Der

1) Man vergleiche *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Observat. 43. §. 3. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. 3. Bemerk. S. 28. ff. Frid. von Bülow's und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. Band 35. Erört. S. 201. ff. und Carl. Lud. Christoph Röslins Abhandlung von besondern weiblichen Rechten 2. Band. S. 131 — 136.

2) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIX. medit. 7.

3) S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Vel.*

4) S. Schellers lateinisch deutsches Wörterbuch. 3. Th. voc. *Vel.*

Der Sinn dieser Stelle ist also der: Eine Frauensperson, welche weiß, daß sie aus ihrer Intercession nicht gehalten sey, aber dennoch aus einer betrügerischen Absicht intercedirt, kann sich mit der Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses nicht schützen. Denn gegen sie findet die actio doli statt, welche das Senatusconsult nicht ausschließt [5]). Nach dieser Erklärung bestärkt also **Paulus** aufs neue unsern Satz, daß nicht die bloße Wissenschaft der Rechtswohlthat, sondern nur insofern mit ihr eine betrügerische Absicht verbunden ist, den Verlust derselben nach sich ziehe [6]). Am wenigsten aber vermag wohl bey einer Ehefrau die bloße Wissenschaft ihrer Rechtswohlthaten eine für ihren Ehemann nichtig übernommene Bürgschaft zu bekräftigen, und diese als eine Betrügerin zu behandeln, wenn sie sich dennoch ihres Rechts bedient, weil man hier immer im Zweifel annehmen muß, daß sie entweder durch Schmeicheleyen oder durch Drohungen ihres Ehemanns zur Intercession veranlaßt worden sey [7]).

5) Man vergleiche über die *L. 30. h. t.* HELLFELD Diss. de condictione mulieri intercedenti competente §. 43. und **Webers** systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. Not. 14. S. 309. der 4. Aufl. **Accursius** erklärt die L. 30. von dem Falle, wenn die Intercedentin Mannskleider anlegte, und auf solche Art den Gläubiger hintergieng. Eine suavis interpretatio, wie sie *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. cit. 30. nicht unrecht nennt.

6) Denn die actio doli, welche hier gegen die Frauensperson gestattet wird, ist anders nicht begründet, als wenn eine magna et evidens calliditas erweislich ist, wie **Ulpian** sagt *L. 7. §. 10. D. de dolo malo.*

7) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXI. medit. 3. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Decis.

Eben so leicht kann aber auch in jedem andern Falle immer noch natürliche Gutmüthigkeit oder Leichtsinn, ohne alle betrügliche Absicht, die bewegende Ursache einer weiblichen Intercession gewesen seyn, und dieses ist im Zweifel um so mehr anzunehmen, da die allgemeine Vermuthung wider jeden Dolus streitet. Die Gesetze enthalten übrigens von betrüglichen Intercessionen der Frauenspersonen folgende Beyspiele. a) Wenn eine Frauensperson ihre Absicht, für einen Andern zu intercediren, dem Gläubiger arglistig vorbirgt, und vorgiebt, daß sie das Geld für sich borge, was sie für einen Andern aufgenommen hat. Hier kann dem Gläubiger die Ausflucht des Vellejanischen Rathsschlusses nicht entgegen gesetzt werden, weil er nicht verbunden war, sich darum zu bekümmern, ob die Schuldnerin das Geld in ihren Nutzen verwenden will, oder für einen Andern borgt [8]). Hierher gehört *L.* 11. *D. h. t.* wo **Paulus** sagt: Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus Senatusconsulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sunt. b) Wenn sie arglistig ihre Sachen für eine fremde Schuld verpfänden läßt. **Afrikan** hat hiervon *L.* 17. §. 1. *D. h. t.* folgenden Fall. Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis

Decis. XII. nr. 14. pag. 213. *Tob. Iac.* REINHARTH Potissima capita invalidae mulierum intercessionis pro efficaci perperam habitae. *Erfordiae* 1732. §. 16. und Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 89. S. 190.

8) S. *Christ. Lud.* CRELL Diss. de mutuo feminae aliis crediturae dato. *Vitembergae* 1738.

dotis solvi. qui idem pignus acciperet: mulieri etiam pecunia credita deberetur. Si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet, *si non voluntate eius pignus datum esset*, replicationem mulieri Senatusconsulti non profuturam: nisi creditor scisset, etiam aliam pecuniam ei deberi. Ein Ehemann hatte seiner Frau theils zur Sicherheit ihres Heyrathsguts [9]), theils für ein Darlehn ein Unterpfand gegeben. Die Ehe wird nachher getrennt, und der Mann muß also der Frau das Heyrathsgut zurückgeben. Es findet sich ein Dritter, der ihm das Geld dazu vorschießen will. Die Frau sagt dem Gläubiger, daß sie von ihrem Mann ein Pfand in Händen habe, sagt aber ausdrücklich nur, daß ihr die Sache wegen ihres Heyrathsguts verpfändet sey, von ihrer andern Forderung an ihren Mann, wofür das Pfand gleichfalls haften sollte, schweigt sie gänzlich. Der Gläubiger, welcher von dieser andern Forderung der Frau auch nichts wußte, läßt ihr das Heyrathsgut ausbezahlen, um das Pfand derselben auf diese Art zu erhalten. Nachher klagt die Frau gegen den Besitzer des Pfandes wegen ihrer noch daran habenden andern Forderung hypothekarisch. Der Gläubiger setzt ihr entgegen, die Aushändigung des Pfandes sey mit ihrer Einwilligung geschehen, sie habe sich also ihres Pfandrechts begeben. Es fragte sich also, ob

9) Vor Einführung der gesetzlichen Hypothek, die jetzt die Ehefrauen wegen ihres Heyrathsguts haben, war dergleichen Pfandgebung nichts Ungewöhnliches. *L. 7. §. 6. D. de donat. inter vir. et uxor.* Nur eine Sicherheitsbestellung durch Bürgen hatte während der Ehe wegen des Heyrathsgutes nicht Statt. *L. 7. D. de exception. L. 1. et 2. Cod. Ne fideiussores dotis dentur.*

ob sie diese Einrede durch die Replic des Vellejanischen Rathsschlusses zu entkräften vermöge? Afrikan entscheidet diese Frage verneinend, und zwar mit Recht. Eine Intercession war zwar hier allerdings geschehen. Denn da die Frau sich blos ihres Pfandrechts insofern begeben hatte, als sie von dem Gläubiger des Mannes ihre Bezahlung erhalten hatte, nicht in Ansehung ihrer andern Forderung, welche sie dem Gläubiger verschwieg; so wollte sie auch in Rücksicht derselben ihr Pfandrecht behalten. Sie ließ also wissentlich eine ihr verpfändete Sache für eine fremde Schuld verpfänden, und intercedirte dadurch wirklich. Aber sie ist der Rechtswohlthat unwürdig, weil sie den Gläubiger, durch betrügerisches Verschweigen ihrer Forderung, hinterging [10]). Einen ähnlichen Fall enthält die Verordnung des Kaisers Alexander *L.* 5. *Cod. h. t.* Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quodsi consensisti obligationi, sciente creditrice, auxilio Senatusconsulti uti potes. Quodsi patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritas obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem, et ideo tibi non succurretur Senatusconsulto, quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum [11]). c) Wenn sie sich aus betrügerischer Ab-

10) Man vergleiche über diese *L.* 17. §. 1. *h. t. Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tractat. IV. *Oper.* Tom. I. *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad h. L. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXII. not. f.

11) Einen nach diesem Gesetz von dem Kammergericht in Berlin entschiedenen Fall hat *Frid.* BEHMER in novo iure controv. Tom. II. Obs. 102.

Absicht für die Erbin eines verstorbenen Schuldners auf Befragen ausgiebt. Von diesem Falle redet **Paulus** *L.* 23. *D. h. t.* Si mulier in iure interrogata, responderit, *se heredem esse:* si sciens se heredem non esse, responderit: minime intercessisse videri, *quia decepit.* Wenn eine Frauensperson vor Gericht befragt worden ist, ob sie des verstorbenen Titius Erbin sey, und sie sagt Ja, da sie doch weiß, daß nicht sie, sondern Sempronius Erbe geworden sey, so kann man zwar dieses Benehmen für eine Art der Intercession halten. Denn sie ladet hierdurch fremde Verbindlichkeiten auf sich, und kann aus ihrer Antwort, wenn sie auch gleich falsch ist, doch mit der actio interrogatoria belangt werden [12]). Dennoch kommt ihr hier die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht zu statten, weil sie betrüglich verfuhr. In allen diesen Fällen wird jedoch vorausgesetzt, daß der Gläubiger von der betrügerischen Absicht der Weibsperson nichts gewußt habe [13]). Denn weiß er, daß sie mit einer Intercession umgeht, so muß er sich auch nachher die Einwendung des Vellejanischen Senatusconsults gefallen lassen. Es tritt hier der Ausspruch **Ulpians** ein *L.* 145. *D. de div. reg. iuris.* Nemo videtur fraudare eos, qui *sciunt* et *consentiunt.* Folgende Gesetzstellen sind hier noch besonders merkwürdig.

L. 12.

12) S. Th. Dig. *de interrogationib. in iure faciend.* Theil XI. S. 339. ff.

13) Man vergleiche noch *L. 4. pr. L. 6. in fin. L. 17. pr. L. 19. §. 4. D. h. t. L. 177. §. 3. D. de div. reg. iuris* und besonders *L. 11. Cod. de distract pignor.* S. CRELL cit. Diss. de mutuo foeminae aliis crediturae dato. §. 7. und Röslins Abhandl. von besondern weiblichen Rechten 2. Th. S. 122.

L. 12. D. h. t. Immo tunc locus est Sanatusconsulto, *cum scit creditor eam intercedere.*

L. 28. §. 1. D. eodem. Fundum uxoris suae maritus obligavit Sempronio ob conductionem: mox mulier a Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam sub obligatione eiusdem fundi solvit statim Sempronio pro marito suo. Quaesitum est, an adversus Senatusconsultum obligata sit? Respondi, *si Numerius scisset eam intercedere*, fore Senatusconsulto, de quo quaereretur, locum.

L. 1. Cod. eodem. Mulieribus quidem, quae alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, *si id contrahentes non ignorent*, Senatusconsulto subvenitur.

Diesen so klaren Gesetzen scheint jedoch die *L. 13. Cod. eodem* zu widerstreiten, wo die Kaiser Diocletian und Maximian auf folgende Art rescribiren.

„Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est; sive tota quantitas foenoris, sive pars eius in usum mariti processisse proponatur; decreto patrum non adiuvaris: *licet creditor causam contractus non ignoraverit.*“

Die Ausleger haben verschiedene Versuche gemacht, diese allerdings schwierige Gesetzstelle mit den vorhergehenden Gesetzen zu vereinigen. Franz Hotomann [14]) will durch eine Emendation der Schwierigkeit abhelfen, und für *licet*, nisi lesen; allein gegen alle handschriftliche Auctorität. Cujaz [15]) sucht daher vielmehr durch eine Di-

14) Observation. Lib. VI. Obs. 2.

15) Tractat. III. ad Africanum in L. 17. D. h. t. *Operum* Tom. I. pag. 1338.

Distinction eine Vereinigung zu treffen. Er unterscheidet nämlich, ob die Frau von dem Mann sey untergeschoben worden, um ihm Geld zu verschaffen, und für ihn zu bezahlen, oder ob sie das Geld aus eigenem Antriebe, und freien Willen zum Nutzen ihres Mannes erborgt habe. Von dem ersten Falle sey *L.* 28. *D. h. t.* von dem letztern aber *L.* 13. *Cod. eodem* zu verstehen. Dagegen hat aber schon Wissenbach [16]) erinnert, daß die *L.* 28. zu einer solchen Supposition keine Veranlassung gebe. Die richtigste Erklärung, welcher auch die meisten Rechtsgelehrten [17]) beystimmen, ist unstreitig die, daß in der *L.* 13. *C. h. t.* von einer Intercession gar nicht die Rede sey, von welcher dagegen die *L.* 28. ganz deutlich spricht, sondern von einem Geschäft, welches die Frau nach ihrer Versicherung für sich und in eigenem Namen schloß. Sie versicherte den Gläubiger, daß sie das Geld, was sie von ihm borgte, für sich wolle. Hatte sie nun auch dabey die Absicht, es zum Nutzen ihres Man-

16) Exercitat. ad Pandect. Tom. I. Disputat. XXX. Th. 14.

17) S. *Franc.* DUARENUS in Commentar. in hunc Tit. Cap. 2. *Operum* pag. 986. *Iul.* PACIUS Legum conciliatar. Centur. IX. Qu. 66. *Io.* VOET Comment. h. t. §. 3. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LVI. Th. 7. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. POTHIER Pand Iustinian. T. I. h. t. Nr. XX. et not. e. Rößlins Abh. von besondern weiblichen Rechten. 2. Th. S. 123. §. 28—31. *Christ. Lud.* CRELL Diss. de mutuo foeminae aliis crediturae dato §. 9. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de SCto Vellejano. §. 9. und *Christ. Ge. Otto* LASIUS Diss. de muliere debitoris liberandi causa sponte pecuniam mutuante, proque illo solvente ad usum beneficiorum muliebrium, non obstante creditoris scientia haud admittenda. *Ienae* 1804.

Mannes zu verwenden, z. B. ihm damit ein Geschenk zu machen, oder ihm etwas dafür zu kaufen, oder eine nöthige Reparatur davon zu bestreiten u. d. und war auch dem Gläubiger diese Absicht nicht unbekannt; so kann ihm nun doch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht entgegen gesetzt werden. Denn Schulden für sich zu contrahiren, ist den Frauenspersonen nicht untersagt, sie mögen dann das Geld anwenden, zu welchem Zweck sie wollen [18]).

Geht nun aber eine Weibsperson wirklich mit einer Intercession um, und den Gläubiger soll seine Unwissenheit gegen die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults schützen; so ist es nicht genug, wenn er zu der Zeit, da er das Geschäft mit ihr schloß, von ihrer Absicht nichts wußte, sondern er muß sich auch noch zur Zeit der Auszahlung des Geldes in gleicher Unwissenheit befinden, wie Afrikan *L.* 19. §. 5. *D. h. t.* in folgendem Falle lehrt.

Cum haberes Titium debitorem, et pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter Senatusconsultum sequereris, petiit a me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi [19]): et stipulanti mihi pro-

18) *L.* 4. §. 1. *L.* 27. *pr. D. h. t.*

19) Es ist zwar keine Intercession, wenn eine Frauensperson für einen Schuldner Zahlung leistet; aber wenn sie auf Verlangen desselben, um seinen Gläubiger zu befriedigen, sich einem Dritten verbindlich macht, und von diesem das Geld zur Bezahlung aufborgt; so intercedirt sie allerdings, denn sie macht sich zur Schuldnerin, zwar nicht dem Gläubiger des Schuldners, aber doch um dieses Schuldners willen einem Dritten, um ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Sie ladet also in dieser Hinsicht eine fremde Verbindlichkeit auf sich. S. CUJACIUS Tractat. IV. ad Africanum ad h. L. 19.

promisit [20]), ignoranti, in quam rem mutuaretur, atque ita numerare me tibi iussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi: Quaesitum est, si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio Senatusconsulti ei prosit? Respondit [21]), videndum.

20) Das Geschäft, welches die Frauensperson hier schloß, bestand also darin, ich sollte ihr zur Bezahlung einer Schuld Geld darleihen, und es auf ihre Ordre dem Gläubiger selbst auszahlen, sie hingegen versprach mittelst der Stipulation, daß sie mir das Geld wiederbezahlen wolle. Ich, mit ihrer Absicht unbekannt, glaubte, sie sey das Geld selbst diesem Gläubiger schuldig, und vollzog den erhaltenen Auftrag; weil ich jedoch nicht gleich bey Gelde war, so versprach ich nur vor der Hand dem Gläubiger, daß ich die Schuld bezahlen würde.

21) Cujaz a. a. O. glaubte, Afrikan führe hier blos Julians Meinung an, dessen er vorher §. 1. *L. cit.* 19. gedacht hatte, und sey hier von ihm abgewichen. Allein Afrikan schickt hier blos Gründe voraus, aus denen nach seiner Ansicht die aufgeworfene schwierige Frage zu entscheiden seyn möchte. Es wäre doch in der That unbillig gewesen, wenn ich, der ich von dem allen, was zwischen der Frauensperson, und dem Gläubiger des Titius vorgegangen war, nichts wußte, in Schaden gerathen sollte. Es muß also entweder der Frauensperson, wenn ich gegen sie klage, die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults versagt werden, oder ich muß gegen den Gläubiger des Titus gedeckt seyn, und in diesem letzten Falle könnte man den Grund brauchen, ich sey als Bürge der Intercedentin anzusehen. Denn auch diesem steht so gut, als der Bürgin, die exceptio SCti Vellejani zu. Mit dieser Einrede könnte ich mich schützen, wenn ich das Geld meinem Versprechen gemäß noch nicht bezahlt habe, und der Gläubiger des Titius gegen mich auf die Bezahlung klagt. Habe ich hingegen das Geld dem erhaltenen Auftrage zu Folge schon ausgezahlt, so könnte

dendum, ne non sine ratione dicatur, eius loco, qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere: ut, quemadmodum illi, quamvis ignoraverit, mulierum intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur, mihique in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit. Et haec paulo expeditius dicenda [22]), si prius,

könnte ich, wenn sich die Intercedentin der Einrede des Vellejanischen Senatusconsults gegen mich bedient, das Geld, was ich aus einem Irrthum bezahlt hatte, von dem Gläubiger des Titius zurückfordern. Dies scheint die Gedankenfolge gewesen zu seyn, welche sich dem über diesen verwickelten Fall nachdenkenden Geiste des Afrikans aufdrängte. S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I h. t. Nr. XVI. not. c. pag. 440.

22) In diesen Worten schreitet nun Afrikan zur Entscheidung der aufgeworfenen Frage näher. Er unterscheidet zwey Fälle. I) Ich, der ich mit der Frauensperson contrahirte, ohne zu wissen, daß eine Intercession im Werke sey, erfuhr nachher die ganze Sache, und zwar noch ehe ich, ihrem Auftrage gemäß, dem Gläubiger des Titius, zu dessen Gunsten der ganze Handel war geschlossen worden, das Geld auszahlte. Hier läßt sich ohne Bedenken behaupten, (*paulo expeditius* dicenda) daß der Frauensperson die Einrede des Senatusconsults gegen mich zustehe, wenn ich gegen sie auf die Wiederbezahlung des Anlehns klage. Denn man kann es mir mit Recht zur Last legen, daß ich das Geld dennoch an den Gläubiger auszahlte, da ich doch nun erfahren hatte, daß unter dem ganzen Handel eine dem Senatusconsult zuwider laufende Bürgschaft stecke. II. Ich wußte zu der Zeit, als ich das Geld auszahlte, von der versteckten Intercession noch nichts. Hier kann sich die Frauensperson gegen mich nicht auf das Senatusconsult berufen, dem nur sie, nicht aber ich, zuwider gehandelt hat. S. POTHIER cit. loc. not. d.

prius, quam ego tibi pecuniam ſolverim, compererim eam interceſſiſſe. Caeterum ſi ante ſolverim, videndum, utrumne nihilominus mulieri quidem exceptio adverſus me dari debeat, et ego tibi condicere pecuniam poſſim: an vero perinde habendum ſit, ac initio ego pecuniam mulieri credidiſſem, ac rurſus tu mihi in creditum iſſes [23]). Quod quidem magis dicendum exiſti-

23) *Anton* FABER Rational. ad h. L. erklärt die Worte: *tu mihi in creditum iſſes* ſo: mihi pecuniam ex cauſa crediti debere coepiſſes. Allein es heißt vielmehr ſoviel als: tu mihi pecuniam credidiſſes, wie Cujaz a. a. O. und Pothier a. a. O. Not. f. erklären. Dies beſtätigt auch der hier von einer Delegation hergenommene Grund. Afrikan ſucht hier nämlich dem Falle eine ſolche Stellung zu geben, als ob ich gleichſam wie ein von der Frauensperſon delegirter Schuldner anzuſehen ſey. Allein dieſer Grund iſt, wie auch Cujaz bemerkt, ganz unpaſſend. Ich war hier eben ſo wenig ein Schuldner der Frauensperſon, als der von ihr ertheilte Auftrag eine Delegation genennt werden kann. Es wird daher auch dieſer Grund in den nachfolgenden Worten ſelbſt als unpaſſend wieder zurückgenommen. Denn durch Delegation ihres Schuldners übernimmt eine Frauensperſon keine fremde Verbindlichkeit, wie doch die Frauensperſon in dem Falle, wovon das Geſetz ſpricht, auf ſich geladen hatte. Cujaz a. a. O. glaubt, daß auch hier von einer Meinung Julians die Rede ſey. Es mag indeſſen von Afrikans oder Julians Meinung die Rede ſeyn, ſo ſtellt dieſes Geſetz ein merkwürdiges Beiſpiel einer Variation auf. Die griechiſchen Ausleger haben ſich in dieſe ſchwierige Stelle eben ſo wenig, als die lateiniſchen, zu finden gewußt. In den *Baſilicis* Tom. IV. pag. 194. heißt es: Εἰ δὲ ἀγνοῶν καταβάλω, ἐγὼ ἀναλαμβάνω· ἡ γὰρ γυνὴ παραγράφεται με. ἔνθα δὲ ἴδιον χρεώστην δώσει, ἀντ᾽ αὐτῆς μὴ γενομένη ὑπὲρ ἄλλου ἔνοχος, ἀργεῖ τὸ δόγμα. i. e. *Si vero ignorans ſolvero, condicam*

existimavit, ut sic Senatusconsulto locus non sit: sicuti et cum debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit. Quae postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta, mulier non obligatur, at in proposito alienam obligationem in se transtulerit: quod certe Senatus fieri noluerit.

2) Unwürdig der Wohlthat des Senatusconsults ist auch diejenige Weibsperson, welche an einem Verbrechen Theil genommen, und hierdurch eine Correalverbindlichkeit contrahirt hat [24].

3) Wenn sie ihre Intercession für die nämliche Schuld nach zwey Jahren wiederholt hat. Hierher gehört die merkwürdige Verordnung des Kaisers Justinian *L.* 22. *Cod. h. t.*

Si mulier perfectae aetatis constituta post intercessionem, vel cautionem conscripserit, vel pignus, aut intercessorem praestiterit: sancimus, antiqua legum varietate cessante, siquidem intra biennale iuge tempus, post priorem cautionem numerandum, pro eadem causa fecerit cautionem, vel pignus aut intercessorem dederit: nihil sibi praeiudicare, quod adhuc ex consequentia suae fragilitatis in secundam iacturam inciderit. Sin autem post biennium haec fecerit: sibi impu-

dicam tibi: mulier enim exceptione adversus me utetur. Si vero debitorem suum mulier deleget, nec pro alio obligata sit, esset Senatusconsultum.

24) Arg. *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* S. Röslins Abhandl. von besondern weiblichen Rechten 2. Band S. 136. §. 39. und *Henr. Christ.* GERCKE Diss. de limitibus SCti Vellejani. §. 32.

imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit: videtur etenim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere, et tam ex se unda cautione sese obnoxiam facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare.

Das Gesetz nimmt hier als Grund an, daß eine Frauensperson, welche nach zwey Jahren ihre Intercession wiederholt hat, in einer so langen Zeit wohl habe über die Wichtigkeit des eingegangenen Geschäfts nachdenken können. Man kann also hier nicht mehr sagen, was das Senatusconsult annimmt, sie sey durch ihre Gutmüthigkeit und Leichtsinn zur Intercession verleitet worden. Man muß vielmehr vermuthen, sie werde sich unterdessen besser haben belehren lassen. Hat sie nun dennoch aufs neue für die nämliche Schuld gut gesagt, und sie wollte sich auf das Senatusconsult berufen, so würde sie ja eine betrügerische Absicht verrathen. Sollte sie aber dennoch auch das zweyte Mal ohne weitere Ueberlegung und abermals aus bloßem Leichtsinn intercedirt haben, so büßt sie mit Recht für ihre Schuld, und ist daher auf jeden Fall der Wohlthat des Vellejanischen Senatusconsults unwürdig.

Das Gesetz setzt übrigens voraus, 1) daß die Intercedentin bereits die Großjährigkeit erreicht habe, und zwar nicht etwa blos zu der Zeit, da sie ihre Intercession wiederholte, sondern sie muß auch schon bey Eingehung der ersten volljährig gewesen seyn. Wäre also die erste Intercession während der Minderjährigkeit geschehen, so ist die Wiederholung ohne Wirkung, wenn sie auch nach erreichter Volljährigkeit geschehen wäre. Denn minderjährige

Frauens-

Frauenspersonen bedürfen des Senatusconsults nicht, weil sie schon durch die prätorische Rechtswohlthat gedeckt sind [25]). 2) Es darf auch die erste Intercession nicht an sich nichtig seyn, sie muß keinen andern Fehler haben, ausser dem, daß sie weiblich ist. Da nun die Intercession einer Ehefrau für ihren Mann schon von Rechtswegen null und nichtig ist, so kann sie auch durch keine Wiederholung gültig werden [26]). Es muß also 3) ein solcher Fall hier unterstellt werden, wo die Intercession für einen andern Schuldner, als der Intercedentin Ehemann, geschehen ist [27]). 4) Die erste Intercession muß auch in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Instrument geschehen seyn. Zwar ist in der *L.* 22. *C. h. t.* keine Form der Intercession bestimmt, Allein da nach der neuern Verordnung des Kaisers Justinian *L.* 23. *Cod. eodem* ohne jene Form eine weibliche Intercession ipso iure nichtig ist, so muß sie nothwendig hier vorausgesetzt werden [28]). 5) Die Wiederholung muß in keiner bloßen Genehmigung und Anerkennung der ersten Intercession bestehen, sondern es muß eine zweyte wirkliche und förmliche Intercession geschehen, sie mag nun

25) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione. Cap. II. §. 9. und *Christ. Gottl.* BIENER de fideiussione mulierum quaestiones. Cap. II. pag. 17.

26) *Novell. CXXXIV. cap.* 8.

27) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

28) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4141. WERNHER Lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 838. Not. 2.

nun übrigens die nämliche Art der Intercession seyn, wie die erstere, oder eine andere [29]). Es beweisen dies nicht nur die Worte: post priorem cautionem — pro eadem causa fecerit *cautionem*, vel *pignus*, aut *intercessorem* dederit; sondern **Justinian** hat sich darüber auch noch an einem andern Orte, nämlich Novelle 61. Kap. 1. §. 1. et 2. deutlicher erklärt, wo er sagt: biennio elapso *aliam rursus confessionem scribendam esse, quae consensum confirmet*, et tum ratum esse, quod factum sit. Ohne eine ausdrücklich wiederholte Intercession würde also die bloße Bezahlung der Zinsen [30]), oder eines Theils vom Kapital, so wenig, als die Bezahlung der ganzen Schuld die Wohlthat das Vellejanischen Senatusconsults ausschließen. 6) Die zwente Intercession muß für die nämliche Schuld geschehen, wenn auch nicht gerade der nämliche Gläubiger oder Schuldner mehr da wäre, der es bey der ersten Intercession war. Denn die Personen können sich unterdessen durch Todesfälle, Delegationen oder Cessionen verändert haben. Das Gesetz nimmt hierauf eben so wenig Rücksicht, als auf die Eigenschaft der Schuld; diese sey eine privilegirte oder nichtprivilegirte; sie sey es anfänglich gewesen, oder erst nachher durch Novation geworden [31]). Es muß endlich 7) zwischen der ersten und zwenten Intercession ein voller Zeitraum von zwey Jahren verlaufen seyn. Hätte die Intercedentin vor Ablauf dieser Zeit ihre Intercession

29) S. Röslins angef. Abh. 2. Th. S. 147. §. 50. GERCKE cit. Commentat. §. 22.

30) Anderer Meinung ist MEVIUS Tom. II. Part. VI. Decis. 299.

31) S. Röslins angef. Abh. S. 151. §. 52—54.

cession auch noch so oft wiederholt, so würde ihr dieses, nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes, auf keine Weise nachtheilig seyn. Sind diese Erfordernisse vorhanden, so wird dadurch die erste Intercession dergestalt bestärkt, daß nun die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults dem Gläubiger nicht mehr entgegengesetzt werden kann. Fast alle Rechtsgelehrten [92]) behaupten zwar, die Wiederholung wirke nicht auf den Anfang der ersten Intercession zurück, sondern die Wirksamkeit des Geschäfts nehme erst von Zeit der zweyten Intercession ihren Anfang. Es ist nicht zu läugnen, daß dies allerdings einen praktischen Unterschied macht, z. B. wenn von dem Vorzuge der Hypothek bey einem entstandenen Concurs, oder von dem Anfang der Zinsenberechnung die Rede ist. Nun scheinen zwar die letzteren Worte des angeführten Gesetzes: et tam *ex secunda cautione se obnoxiam facere*, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare, jene Meinung zu begünstigen; allein betrachtet man nur die Sache aus dem rechten Gesichtspunkte, so verschwindet aller Zweifel. Es ist bereits oben (§. 923.) bemerkt worden, daß der Vellejanische Rathsschluß die weiblichen Intercessionen nicht schlechterdings für **nichtig** erkläre, sondern sie sollen, nach der Vorschrift desselben, nur eine ope exceptionis unwirksame

92) *Io. Iac.* WISSENBACH Commentat. in libros VII. prior. Cod. ad L. 22. Cod. h. t. pag 270. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 10. not. ε. nr. IV. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 23. BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. II. §. 9. not. r. WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. GERCKE Commentat. de limitibus Scti Vellejani, §. 23. BIENER de fideiussione mulierum quaestiones Cap. 2. pag. 13. sq.

me Verbinlichkeit erzeugen. Wird also eine Weibsperson aus ihrer Intercession belangt, so setzt sie dem Gläubiger die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults entgegen. Nun hat sie aber nach zwey Jahren ihre Intercession wiederholt, was kann denn nun wohl diese zweyte Intercession für eine andere Folge haben, als die, daß dadurch blos die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults ausgeschlossen wird [33])? Ganz dem Geist des Gesetzes gemäß, sagt daher **Franz Duaren** [34]: Secundum JUSTINIANI constitutionem propter hanc geminatam cautionem mulierem amisisse *exceptionem Senatusconsulti*, si modo iterum caverit post lapsum biennii; und anders haben auch die Griechen **Justinians** Verordnung nicht verstanden. In den Basiliken [35]) lautet sie folgendermassen: Εαν̓ ἀντιφωνήσασα γυνή, μετά δύο ἔτη τῆς ἀντιφωνὴσεως, ἐις δεύτερον ἔπερωτηθῆ, ἤ ἐγγυητήν παράσχη, ἐκπίπτει τῆς ἀπό τȣ̃ δόγματος βοηθείας. i. e. *Si mulier, quae pro alio intercessit, post biennium denuo se obligaverit, vel satisdederit, denegatur ei auxilium Senatusconsulti*. Da also die erste Intercession durch die zweyte blos bekräftiget und wirksam gemacht wird, so richtet sich auch die zweyte nach der Größe der Schuld, für welche die erste Intercession geschehen war, wenn auch die zweyte

 vom

33) S. Röslins angeführte Abhandlung 2. Th. S. 154. ff. §. 56—61. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Bd. §. 947. S. 337. H. Hiermit stimmt auch *Io.* SICHARD in Praelect. in Cod. ad h. Tit. pag. 1145. überein.

34) Commentar. ad h. Tit. Cap. 2. pag. 990.

35) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 7. Constit. 86. pag. 203.

von ausgedehnterem Umfange seyn sollte. Denn insofern sie die Summe der erstern Intercession übersteigt, würde sie keine wiederholte, sondern eine erste Intercession seyn. Es darf aber auch die Schuld, wofür die erste Intercession geschahe, nicht innerhalb den zwey Jahren durch eine zweyte vergrößert worden seyn. Auf diese erstreckt sich die zweyte Intercession nicht, weil hier nicht eadem caussa mehr seyn würde. Ein anders ist es, wenn die Schuld unterdessen blos durch die Zinsen vergrößert worden ist. Denn diese sind nur als ein Zuwachs des Kapitals anzusehen. Auch würde der Fall auszunehmen seyn, wenn eine Frauensperson für Jemanden bey einem Kaufmann gut gesagt hätte, daß er ihm die Waaren, welche er aus seiner Handlung nehmen wird, auf Credit geben solle [36].

II. Wenn der Forderung des Gläubigers in den Gesetzen ein stärkeres Privilegium beygelegt ist, als daß dagegen die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults mit Wirkung vorgeschützt werden kann. Dahin gehört,

1) wenn der Gläubiger ein Minderjähriger ist, und dieser von dem Hauptschuldner seine Bezahlung nicht erhalten kann.

L. 12. D. de minoribus. Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda: sed perinde atque caeteri, per exceptionem summoveri debet: scilicet, quia communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec, *si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio.*

Nach

36) S. Rösling angef. Abh. 2. Th. S. 153. f. §. 54.

Nach den deutlichen Worten dieses Gesetzes hat es zwar keinen Zweifel, daß der Minderjährige sich zuerst an den Schuldner halten müsse, und, so lange dieser nicht ausgeklagt ist, auch einem minderjährigen Gläubiger die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses entgegengesetzt werden könne, es sey von einer bloßen Bürgschaft, oder von einer Expromission die Rede [37]). Allein es fragt sich, wenn eine Frauensperson zugleich mit andern Bürgen für die Schuld gutgesagt hätte, ob nicht auch diese vorher zu belangen sind, ehe die Intercedentin mit Wirkung in Anspruch genommen werden kann? Man kann dieses mit vollkommenen Grund behaupten [38]). Zwar redet das Gesetz ausdrücklich nur vom Schuldner. Allein der Grund desselben, weil dem Gläubiger schon nach dem gemeinen Rechte die Klage gegen den Schuldner restituirt werde, paßt auch auf die Bürgen, gegen welche die Klage ebenfalls restituirt wird, wie aus *L.* 14. *D. h. t.* erhellet, wo Julian sagt: Si mulier contra Senatusconsultum intercesserit, aequum est, non solum in veterem debitorem, *sed et in fideiussores eius actionem restitui;* nam cum mulieris persona subtrahatur, creditori propter Senatusconsultum integra causa pristina restituenda est. Wenn also der Minderjährige weder vom Hauptschuldner noch dessen Bürgen seine Befriedigung erhalten kann, so wird er gegen das Vellejanische Senatusconsult restituirt, quia magis aetatis ratio, quam Senatusconsulti habetur, wie Ulpian

37) S. Röslins Abh. 2. Th. S. 109. f. §. 17.

38) S. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 73. §. 2. GERCKE Commentat. de limitibus SCti Vellejani §. 34. und Röslin a. a. O. §. 18.

Ulpian sagt *L.* 11. §. *ult. D. de minorib.* und auch selbst dann, wenn er gegen seine Vormünder einen Regreß haben sollte [39]. Man will zwar dieses auch auf andere anwenden, welche die Rechte der Minderjährigen genießen [40]. Allein ist ein besonderes Recht blos nach dem Beyspiel eines andern eingeführt worden, so stehet es der eigenen Rechtswohlthat des andern nach, sie mag in der Minderjährigkeit, oder in einem Senatusconsultum gegründet seyn [41].

2) Wenn eine Frauensperson bey der Manumission eines Sklaven für einen gewissen Lossagungspreis zu stehen versprach. Hier wird ihr aus Begünstigung der Freiheit die Hülfe des Vellejanischen Senatusconsults versagt [42]; aber doch auch nur dann, wenn die dem Patron gegen den Freygelassenen gestattete actio ex stipulatu oder die prätorische actio in factum, wegen der Insolvenz des Letztern fruchtlos war angestellet worden [43]. Das Gesetz sagt zwar, *teneri eam recte omnimodo*, Senatusconsultum Velle-

39) *L. 3. Cod. Si tutor. vel curator. intervenerit.* Anderer Meinung sind zwar Röslin a. a. O. §. 19. und PUFENDORF c. l. §. 3. Allein man sehe den 5. Th. dieses Commentars §. 436. S. 421. ff. und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 947. C.

40) PUFENDORF c. l. Röslin a. a. O. §. 17. und GERCKEN cit. Commentat. §. 35.

41) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 105. S. 27.

42) *L.* 24. *Cod. h. t.*

43) *L.* 3. *Cod. An servus pro suo facto. L.* 6. *D. de dolo malo.* S. *Franc.* RAGUELLUS in Commentar. ad Decision Iustin. ad L. penult. Cod. h. t. pag. 237. Anderer Meinung ist jedoch *Em.* MERILLIUS in Exposit. in L. Decision. Iustin. ad L. eand.

Vellejanum in hoc casu tacere imperantes; allein der beygefügte Grund: Satis enim acerbum est, et pietatis rationi contrarium, dominum servi, qui credidit mulieri, sive soli, sive post servi promissionem, et libertatem servo imponere, et suum famulum perdere, et ea minime accipere, quibus fretus ad eiusmodi venit liberalitatem, beweisen jene Einschränkung.

3) Wenn die Intercession für das Versprechen eines Heyrathsguts geschehen ist.

L. 25. Cod. h. t. Generaliter sancimus, ut si quis maior viginti quinque annis, sive masculus, sive *femina, dotem pollicitus sit*, vel *spoponderit pro qualibet muliere, cum qua matrimonium licitum est*, omnimodo compellatur suam confessionem adimplere: *neque enim ferendum est, quasi casu fortuito interveniente mulierem fieri indotatam, et sic a viro forsitan repelli, et distrahi matrimonium.* Cum enim scimus, *favore dotium* et antiquos iuris conditores severitatem legis saepius mollire: *merito et nos ad huiusmodi venimus sanctionem.* Nam si spontanea voluntate ab initio liberalitatem suam ostendit, necesse est eum, vel eam suis promissionibus satisfacere: ut quod ab initio sponte scriptum, aut in pollicitationem deductum est, hoc ab invitis postea compleatur: *omni auctoritate Vellejani Senatusconsulti in hac causa cessante.*

Schon vor Justinian scheint es zwar Rechtens gewesen zu seyn, daß gegen das Versprechen eines Heyrathsguts das Vellejanische Senatusconsultum keine Ausflucht gewähren solle. Vielleicht war aber doch das Heyrathsgut noch nicht in dem Umfange privilegirt, daß jede Frauensperson,

person, welche sich für ein solches Versprechen verpflichtet hatte, von der Anrufung des Senatusconsults ausgeschlossen war [44]). In dem Rescript, welches die Kaiser Valerianus und Gallienus *L. 12. Cod. eodem.* deshalb erlassen hatten, war wenigstens nur von einer Mutter die Rede, welche ihre Sachen für das Heyrathsgut ihrer Tochter dem Schwiegersohn verpfändet hatte. Es heißt nämlich daselbst: Si dotare filiam volens, genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium SCti falso putas. *Hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam, prudentes viri putaverunt.* Justinian aber dehnte dieses Privilegium auf alle Fälle aus, wo eine Frauensperson für ein Heyrathsgut intercedirt hätte, wenn es auch gleich nicht gerade von einer Mutter gegen ihren Tochtermann geschehen wäre. Mehrere Rechtsgelehrten [45]) wollen zwar Justinians Verordnung nur auf den Fall einschränken, wenn das Versprechen der Brautgabe noch vor Schließung der Ehe geschehen, und gleichsam als die causa matrimonii anzusehen ist. Wäre also die Ehe ohne alles Versprechen eines Brautschatzes vollzogen worden, und erst während derselben von einer Frauensperson die Intercession für ein Heyrathsgut geschehen, so finde das Vellejanische Senatusconsultum seine Anwendung, weil hier der Ehemann nicht sagen könne, er sey hintergangen worden. Allein

44) S. Rößlin a. a. O. §. 21. S. 117. ff. GEECKE cit. Commentat. de limitib. SCti Vellejani. §. 35.

45) *Ant.* FABER Cod. definition. forens. Lib. IV. Tit. 21. Definit 14. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 12. not. *α.* nr. I. *Ant.* PEREZ Praelect in Codic. h. t. nr. 22. und WERNHER lectissim. Commentationes in Pand. h. t. §. 16.

Allein diese Einschränkung einer in ihrer Fassung ganz allgemein lautenden Verordnung ist offenbar ungegründet [46]). Der favor dotium, welcher hier als der Grund des Gesetzes angeführt wird, ist der nämliche, das Heyrathsgut mag vor oder nach vollzogener Ehe bestellt werden. Immer bleibt es wahr, was Pomponius sagt *L. 1. D. Soluto matrimonio:* Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium. Ob aber nach diesem Gesetz nur dann kein weiteres Berufen auf das Vellejanische Senatusconsult Statt haben soll, wenn der Hauptschuldner, der das Heyrathsgut versprochen hat, dasselbe zu bezahlen ausser Stand ist, bestimmt das Gesetz ausdrücklich nicht. Es scheint also bey der Regel des damaligen Rechts geblieben zu seyn, nach welcher es in der Willkühr des Gläubigers stand, wen er zuerst belangen wollte [47]). Die Worte: *omni auctoritate Velleiani SCti in hac causa cessante* geben dieses auch wohl nicht undeutlich zu verstehen. Allein seitdem Justinian nachher durch die Novelle 4. Kap. 1. das beneficium ordinis allgemein eingeführt hat, kann dieses auch wohl einer Frauensperson in den Fällen, da sie aus ihrer Intercession verbindlich wird, nicht abgespro-

46) S. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Diss. XXV. Th. 16. BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. II. §. 8. not. o. Rößlin a. a. O. GERCKE cit. Commentat. §. 35.

47) *L. 2. L. 3. L. 5. L. 21. Cod. de fideiussor. Eberh. Christph.* CANZ Diss. de beneficio ordinis s. excussionis. *Tubingae 1770.* §. 4.

sprochen werden [48]). Mehrere Privilegien gegen den Vellejanischen Senatsschluß giebt es nicht, und eine willkührliche Ausdehnung findet auch nach der Natur der Privilegien nicht statt. Es ist daher ganz unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrten [49]) der donatio propter nuptias, den Alimenten, den Stipendien, und überhaupt allen piis caussis und corporibus ein gleiches Vorrecht einräumen wollen [50]). Streitiger ist die Frage, ob in den angeführten privilegirten Fällen die Intercession auch dann gültig sey, wenn sie gleich in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist, oder ob zur Gültigkeit derselben ein öffentliches Instrument erfordert werde? Viele [51]) glauben, die *L.* 23. *Cod. h. t.* gehe nur auf diejenigen Fälle, in welchen schon vor dieser Verordnung das Senatusconsultum Statt

48) S WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 16. in fin.

49) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 11. MEVIUS Part. III. Decis. 85. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 16. Dig. h. t. nr. 5. et L. 12. Cod. eodem. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXI. Th. 12. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 3. Th. 8. nr. 8. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXIX. medit. 4.

50) S. Rößlin a. a. O. §. 22. u. 23. S. 119. f. KLÜGEL Diss. de SCto Vellejano §. 15. GERCKE cit. Comment. §. 36.

51) *Franc.* RAGUELLUS in Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustiniani ad L. 23. Cod. §. Ne autum h. t. pag. 236. sq. *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 35. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 10. BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione. Cap. I. §. 7. not. cc. Rößlins angef. Abh. 2. Th. S. 185 — 190. §. 89 — 95. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 818. Not. 3. S. 890. f.

Statt hatte, in den Fällen aber, wo schon vorher die Einrede desselben wegfiel, werde ein öffentliches Instrument zur Gültigkeit der Intercession auch jetzt nicht erfordert. Sie glauben daher, daß jene Frage um so mehr verneint werden müsse, da nicht wohl anzunehmen sey, daß **Justinian** die angeführten Privilegien gegen den Vellejanischen Rathsschluß durch eine Verordnung habe aufheben wollen, welche in der Ordnung, in welcher sie in dem Codex erscheint, älter, als diejenigen zu seyn scheint, wodurch diese Privilegien bestätiget worden sind. Dieser Meinung war auch unter den Glossatoren **Bulgarus**[52]. Allein schon der Glossator **Martin** behauptete dagegen richtiger, daß **Justinian** *L.* 23. *Cod. cit.* jede weibliche Intercession, auch die schon vorher gültig gewesene, für durchaus nichtig erklärt habe, wenn sie in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist. Nach dieser Verordnung sollen alle sowohl ältere als neuere Gesetze ihre Modification erhalten[53]. Selbst der Minderjährige leidet daher unter dieser Vorschrift[54]; und auf gleiche Art sind auch die übrigen Privilegien der *L.* 24. und 25. *C. h. t.* zu modificiren. Denn soll ein für allemal eine weibliche Intercession, welche nicht in einem öffentlichen Instrument geschehen ist, für nicht geschehen gehalten werden, wie kann denn noch eine Klage wegen einer solchen Bürgschaft Statt finden? Die L. 24. und 25. *C. h. t.* scheinen freilich nach der Ordnung ihrer Stellung neuer, als jene Verordnung, zu seyn; allein es ist ja auch nichts neues, wie **Paulus** sagt

L. 26.

52) S. die Glosse ad L. 23. C. h. t.

53) Man sehe die Worte der L. 23. oben S. 457.

54) S. **Thibaut** System des Pandect. Rechts 2. Th. §. 948.

L. 26. *D. de Legibus*, ut priores leges ad posteriores trahantur.

III. Wenn eine Frauensperson von der Intercession keinen Schaden hat. Dahin gehört,

1) wenn das Geld, für dessen Wiederbezahlung sie dem Gläubiger bürgte, zu ihrem Nutzen verwendet worden ist.

L. 21. *pr. D. h. t.* Si pro aliquo mulier intercesserit, sed *in rem eius*, *quod acceptum est*, *versaretur*, exceptio SCti locum non habet, *quia non fit pauperior*.

2) Wenn sie das Geld zur Befriedigung des Gläubigers von dem Schuldner empfangen hat.

L. 16. *pr. D. h. t.* Si mulier contra SCtum Vellejanum pro me intercessisset Titio, egoque mulieri id solvissem, et ab ea Titius eam pecuniam peteret, exceptio SCti non est profutura mulieri: neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat.

L. 22. *D. eodem.* Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat, vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse SCto, POMPONIUS scribit: quia mandati actione obligata, *in rem suam* videtur obligari.

3) Wenn sie dem Schuldner, für welchen sie intercedirte, eine eben so große oder wohl noch größere Summe schuldig ist. Hier kann sie sich der Exception des Senatusconsults eben so wenig bedienen, als wenn sie von ihrem Gläubiger delegirt worden ist.

L. 2. *Cod. h. t.* Senatusconsulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio

alio debitore apud creditorem eius intercessit. Sin autem *pro creditore suo alii obligaverit*, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passa est, huius Senatusconsulti auxilium non habet.

4) Wenn sie Erbin des Hauptschuldners geworden ist. Denn hier hat sie kein Interesse, weil sie auf jeden Fall als Erbin haften müßte.

L. 8. §. 13. *D. h. t.* Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, *restitutoria* eam conveniri posse. Sed et *directa actione* [55]: nihil enim eius interest, qua actione conveniatur.

5) Wenn sie für ihre Intercession eine der Größe der übernommenen Gefahr angemessene Belohnung erhalten hat. Das bereits oben angeführte Gesetz, *L.* 23. *Cod. h. t.* bestimmt zwar über die Größe der Belohnung nichts, sondern sagt ganz allgemein:

Sancimus, mulierem, si intercesserit, sive ab initio, sive postea *aliquid accipiens*, ut sese interponat, omnimodo teneri, et non posse SCti Vellejani uti auxilio.

Daher sind hierüber die Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung. Einige [56] halten auch eine ganz geringe

55) Diese *actio directa* ist hier die aus der Intercession entspringende Klage. Da das Gesetz einen solchen Fall voraussetzt, wo durch die Intercession die Verbindlichkeit des Hauptschuldners nach dem strengen Recht war aufgehoben worden; so erlöscht die Klage gegen die Intercedentin auch nach der Antretung der Erbschaft des Schuldners nicht. Daraus läßt sich die hier dem Gläubiger gestattete Wahl erklären. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L.

56) S. *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XII. cap. 32. §. *Tertium.* *Io.* VOET Commentar. h. t. §. 11. *Io.* BRUNNEMANN

ge Belohnung schon für hinreichend, die Intercedentin deswegen ihrer Rechtswohlthat für verlustig zu erklären. Sie glauben, der Grund des Gesetzes sey, weil sie aus Gewinnsucht sich der Gefahr ausgesetzt habe, das Ihrige zu verliehren, so sey sie der Rechtswohlthat für unwürdig zu halten. Andere [57]) erfordern dagegen eine der übernommenen Verbindlichkeit gleich kommende Belohnung. Allein da das Gesetz hierüber nichts bestimmt hat, so ist die Sache lediglich dem billigen Ermessen des Richters anheim zu stellen, welcher hierbey auf das Verhältniß der Schuld, die Umstände des Schuldners, und die Art der Intercession Rücksicht zu nehmen hat, um darnach zu beurtheilen, theils ob etwa eine Arglist des Gläubigers darunter versteckt sey, theils ob die empfangene Belohnung auch der Größe der übernommenen Gefahr angemessen sey [58]). So wenig nun jede Kleinigkeit den Richter bestimmen wird, die Intercedentin ihrer Rechtswohlthat für verlustig zu erklären; so wenig ist doch auch Grund vorhanden, warum die Belohnung gerade der Schuldsumme gleich kommen müsse, da das Gesetz dieses nicht erfordert. Ob sie übrigens die Belohnung von dem Gläubiger oder dem

MANN Comm. ad L. 16. D. h. t. nr. 2. und GERCKE cit. Commentat. §. 19.

57) *Io.* ZANGER Tr. de exceptionib. P. III. Cap. XI. nr. 145. *Io. Pet. de* LUDEWIG Diss. de SCto Vellejano in Germ. exule Diss. 5. not. 1.

58) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. in Cod. ad L. 23. C. h. t. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 22. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. T. I. h. t. §. 7. Röslins Abh. von bes. weibl. Rechten 2. Th. S. 138. §. 41. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 947. lit. G.

dem Schuldner erhielt, ist gleichviel; wenn sie solche nur um der Intercession willen empfing, sie mag sie dann gleich anfangs, oder erst nachher erhalten haben, wenn nur in dem letztern Falle wenigstens ein Versprechen vorausging, welches der Frauensperson in der Absicht geschahe, eine Bürgschaft dafür zu übernehmen. Auf solche Art enthalten die Worte: sive *ab initio*, sive *postea aliquid accipiens*, *ut sese interponat*, keinen widersprechenden Sinn, und eine Emendation ist daher nicht nöthig [59]). Merkwürdig ist es aber, daß in diesem Falle die Bürgschaft gilt, wenn sie auch in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist. Justinian sagt: Sive *sine scriptis*, sive per scripturam sese interposuerit. Nur der Unterschied findet jedoch statt, daß wenn die Intercedentin in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Instrument bekannt hat, daß sie für ihre Intercession eine Belohnung erhalten habe; diese Urkunde gegen sie einen vollkommenen Beweis ausmacht; jedoch wird der Gegenbeweis,

59) Rößlin a. a. O. §. 43. S. 140. meint zwar, die Construction sey falsch, wenn man das POSTEA, nicht eben so, wie das *ab initio*, auf intercesserit beziehe. Die Belohnung müsse ja den Anlaß zur Bürgschaft gegeben haben. Nun wäre es aber widersinnig, zu sagen: Wenn eine Weibsperson intercedirt hat, und nachher etwas empfängt, damit sie intercedire. Man müsse also nach POSTEA ein Unterscheidungszeichen setzen. Allein diese Emendation ist ganz unnöthig. Die Belohnung muß zwar immer die Ursache gewesen seyn, warum die Frauensperson intercedirte. Allein ob sie gleich anfangs gegeben, oder anfangs nur versprochen, und erst nach eingegangener Intercession gegeben ward, ist gleichgültig. Man sehe auch GERCKE Commentat. de limitib. SCti Vellej. §. 19.

beweis, wie gleichwohl viele [60]) glauben, auch hier nicht ausgeschlossen [61]). Ist hingegen ein solches öffentliches Instrument nicht vorhanden, so kann der Gläubiger, dem freylich hier immer der Beweis obliegt, sich deshalb auch eines jeden andern Beweismittels bedienen, wie aus folgenden Worten der *L.* 23. *Cod. h. t.* erhellet.

Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, *sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse*, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum: *omnimodo esse credendum, eam pecunias vel res accepisse*, et non esse ei ad SCti Vellejani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto, tunc si possit stipulator ostendere, enm accepisse pecunias, vel res, et sic subiisse obligationem, repelli eam a SCti juvamine.

Merkwürdig ist es ferner, was Justinian noch in diesem Gesetz verordnet, daß wenn die Intercedentin dem Gläubiger Zahlung zu leisten, oder alles zu bezahlen nicht im Stande seyn sollte, dem letztern auf jeden Fall, auch wenn eine Expromission geschehen wäre, der Regreß gegen den vorigen Schuldner gestattet seyn solle [62]). Cujaz [63]) glaubt daher, daß dieses besondere Recht nicht auf jeden andern Fall, wo das Senatusconsult wegfällt, zu erstrecken sey.

Ausser

60) ZANGER Tract. de exceptionib. P. III. cap. XI. nr. 147. HERING de fideiussorib. Cap. VII. nr. 436. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 10. not. δ. u. a. m.

61) S. Rößlins angef. Abh. 2. Th. S. 144. §. 47.

62) S. Rößlin a. a. O. §. 109. S. 198.

63) Recitation. solemn. in Cod. ad L. 12. Cod. h. t.

Ausser diesen Ausnahmen des römischen Rechts finden nach dem canonischen und heutigen Recht noch folgende statt.

1) Wenn die Weibsperson ihre Intercession mit einem Eide bestärkt hat [64]). Hier erklärt der Gerichtsbrauch die Intercession in Gemäßheit des canonischen Rechts [65]) für gültig, wenn gleich die Intercedentin ihrer weiblichen Rechtswohlthat nicht belehrt worden, noch sich derselben ausdrücklich begeben hat [66]), und auch die Intercession in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist [67]).

2) Wenn sie insofern intercedirt, als sie zu einem Geschäft vom Staate auctorisirt ist. Daher ist a) die Bürgschaft einer Frauensperson gültig, welche für eigene Rechnung Handelschaft treibt [68]). Denn Kauf- und Handelsfrauen haben nach dem heutigen Recht die Rechts-

64) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercess. Cap. I. §. 9. und besonders Röslins angef. Abh. 2. Th. S. 199—213.

65) *Cap. 9. et cap. 28. X. de iureiur.*

66) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXI. Th. 10. nr. 5. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 27. et 28. BOEHMER Diss. cit. de valida mulier. intercess. Cap. 2. §. 14.

67) S. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 24. und 2. Th. Bed. 76. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 69. S. 143.

68) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXI. Th. 12. not. *δ. Io. Pet. de* LUDEWIG Different. iur. Rom. et Germ. in SCto Vellejano exule. Diss. 7. *Ge. Frid.* DEINLIN Diss. de vera indole Vellejani ad uxorem mercatricem pro marito mercatore intercedentem applicata. *Altorfii 1751.*

Rechtswohlthaten nicht, welche die Gesetze den Frauenspersonen in Rücksicht der Schwäche ihres Geschlechts ertheilen. Wenn sie daher in Handelsgeschäften[69]) intercediren, so kommt ihnen das Vellejanische Senatusconsult nicht zu statten. Der Grund ist Sicherheit und Begünstigung des Handels, welche mit der Unverbindlichkeit der Bürgschaften in Handelsgeschäften nicht bestehen kann[70]). b) Auch die Intercession einer regierenden Dame, aber auch nur insofern, als sie in der Eigenschaft einer Regentin intercedirt, ist für gültig zu halten. Denn ausser dieser Eigenschaft betrachtet, würde die Intercession derselben nach dem gemeinen Privatrechte zu beurtheilen seyn. So lassen sich die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber mit einander sehr gut vereinigen[71]).

3) Wenn eine Ehefrau mit ihrem Manne in einer allgemeinen Gütergemeinschaft lebt, so kann sie, wenn sie wegen der während der Ehe gemachten Schulden ihres Ehemannes belangt wird, sich nicht auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten berufen, weil nach der Natur der allgemei-

69) In andern Fällen kommt auch den Kauffrauen das Vellejanische Senatusconsult zu statten. S. VOET Comm. h. t. §. 11. Joh. Sam. Fried. Böhmers rechtl. Untersuchung der Frage, ob und wieweit eine Weibsperson, so eine Handlung treibt, aus ihrer Bürgschaft verbunden sey? In Schotts jurist. Wochenblatt. 3. Jahrg. Nr. 29. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 12.

70) S. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 292.

71) BOEHMER Diss. cit. Cap. II. §. 4. not. g. Röslins ausgef. Abh. S. 247. §. 42—44. GERCKE Commentat. de limitib. SCti Vellejani §. 26. et 27. und Thibaut System des Pand. R. 2. Band. §. 949.

gemeinen Gütergemeinschaft die Frau schon an und für sich für alle von dem Ehemann contrahirten Schulden der Regel nach eben so, als für ihre eigenen haftet [72]). Indessen schließt doch die allgemeine Gütergemeinschaft nicht allen Gebrauch des Vellejanischen Rathsschlusses aus. Sie kann sich desselben noch in folgenden Fällen bedienen. a) Wenn sie sich für die vor der Ehe gemachten Schulden ihres Ehemanns verbürgt hat [73]). Jedoch sind viele anderer Meinung, weil nach der Natur der allgemeinen Gütergemeinschaft die vor der Ehe entstandenen Schulden nicht mehr blos als Schulden dessen angesehen werden könnten, der sie contrahirt hat, sondern jetzt eben so Gesammtschulden der ehelichen Gesellschaft geworden sind, wie das beyderseitige Vermögen der Ehegatten nun ein Gesammtvermögen derselben geworden sey [74]). b) Wenn die Frau für eine Schuld sich verbürgt hat, welche aus einem Rechtsgeschäft, gegen das sie auf die gehörige Art protestirte, entstanden ist [75]). c) Wenn die

 Frau

72) *Sam.* STRYK Uſ. mod. Pand. h. t §. 4. *Christ. Gottl.* GMELIN Diſſ. de obligatione uxoris ad ſolvenda debita a coniugibus contracta, moto inprimis ſuper bonis mariti concurſu creditorum. *Tubingae* 1785. §. 15. und Deſſelben Aufſäße über Verträge §. 95. *Wilh. Frid.* SUHR Diſſ. Privilegia mulieribus iure Rom. data quatenus, poſita inter coniuges communione, locum habeant. *Goettingae* 1801.

73) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 5. Danz Handbuch des allgemeinen deutſchen Privatrechts. 6. Th. §. 606. S. 414. ff.

74) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 460. Joh. Wilh. Meuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinſchaft §. 59—61.

75) S. Benj. Fried. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der

Frau sich ohne Einwilligung ihres Ehemannes für einen Dritten verbürgt [76]).

§. 925.

In wiefern findet eine Entsagung des Vellejanischen Rathsschlußes Statt?

So wenig es heutzutage einigem Zweifel unterworfen ist, daß eine Frauensperson dem Vellejanischen Rathsschlusse gültig entsagen könne, so streitig ist gleichwohl diese Frage nach dem römischen Rechte? Viele [77]) wollen eine solche Entsagung schon nach der Analogie der römischen Gesetze für gültig halten. Sie sagen, die Regel sey ganz allgemein, welche einem Jeden erlaube, sich des ihm zum Besten eingeführten Rechts zu begeben [78]), und müsse also auch hier um so mehr Anwendung finden, weil ja die Intercession einer Weibsperson nur erst durch ihre Einwendung entkräftet werde, und die Intercedentin, wenn sie diese vorzuschützen unterläßt, selbst von dem Richter verurtheilt werden könne. Warum sollte sie denn nicht schon

der Weiber bey einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Männer 1. Th. §. 68 u. 69. verglichen mit §. 63. und HOFACKER c. l. §. 459.

76) S. Pfizer in der angef. Schrift. 1. Th. §. 70.

77) *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXVIII. §. 8. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. *I. H.* BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione. Cap. II. §. 17. *God. Lud.* MENCKEN Diss. de valida intercessione mulieris SCto Vellejano renunciantis. *Vitemb.* 1725. Rößlin von bes. weiblichen Rechten S. 163. ff. GEBCKE cit. Commentat. §. 15.

78) *L. 21. Cod. de pactis. L. 41. D. de minorib.*

schon zum Voraus auf diese Einrede Verzicht thun können? Nirgends werde gesagt, daß sie sich des Vellejanischen Rathsschlusses bedienen müsse, wenn sie nicht wolle. Ja sie könne nicht nur dieser Wohlthat entsagen, weil man Wohlthaten Keinem aufdringt, sondern sie müsse sogar zuweilen darauf Verzicht thun, wenn sie eine Handlung unternehmen wolle, welcher das Vellejanische Senatusconsultum im Wege stände. Dahin gehöre 1) wenn sie bereit ist, den Schuldner, für den sie intercedirte, vor Gericht zu vertreten. Hier müsse sie Caution leisten, daß sie sich des Vellejanischen Senatusconsults nicht bedienen wolle [79]. 2) Wenn eine Mutter die Vormundschaft über ihre unmündigen Kinder übernehmen wolle; auch hier müsse sie sich der Wohlthat des Vellejanischen Rathsschlusses begeben [80]. Andere [81] glauben dagegen, daß, ausser diesen

79) *L. 32. §. 4. D. h. t.* Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debebit, *exceptione se non usuram*, et sic ad iudicium ire.

80) *Nov. CXVIII. cap. 5.* Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et *auxilio Vellejani Senatusconsulti renunciant.*

81) *Ant.* MERENDA Controv. iur. Lib. II. cap. 36. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 48. *Helfer Ulr.* HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. V. Qu. 2. *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 5. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LVI. Th. 9. *Iust. Frid. Lud.* ENGELBRECHT Diss. de renunciatione SCti Vellejani

diesen Fällen, welche nur als Ausnahmen von der Regel zu betrachten wären, eine Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults dem wahren Sinn und der Analogie der römischen Gesetze zuwider sey. Denn insofern das Senatusconsultum die Intercessionen der Frauenspersonen mißbilliget, und die Weibspersonen als solche, die fremde Verbindlichkeiten eben so wenig, als öffentliche Aemter, übernehmen können, behandelt wissen will [82]), gehöre es allerdings zu den Prohibitiv-Gesetzen [83]). Mit einem solchen Gesetz könne die Gültigkeit der Entsagung eben so wenig, als eine Entsagung der Untüchtigkeit zu öffentlichen Aemtern, bestehen. Es würde auch dadurch der ganze Zweck des Gesetzes vereitelt werden. Auf der einen Seite nimmt das Gesetz die Frauenspersonen wegen ihrer Gutmüthigkeit und Leichtsinns gegen die Gefahr der Intercessionen in Schutz; und auf der andern Seite sollte dieses Gesetz die Frauenspersonen durch Zulassung einer Renunciation wieder als Opfer ihres Leichtsinns Preiß geben?

Wie

jani privato instrumento facta. *Goett.* 1749. Cap. II. §. 3. sqq. *Io. Aug.* HELLFELD Diss. de condictione mulieri intercedenti competente. §. 35. sqq. *Bav.* VOORDA Diss. exhibens quaestiones quasdam iuris civ. *Lugd. Batav.* 1770. Qu. 2. Ad. Diet. Weber syst. Entwick. d. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. Not. 14. S. 308. ff. und Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 944.

82) *L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. L. 16. §. 1. D. h. t. L. 2. D. de div. reg. iuris.*

83) PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 11. §. 1. In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris quam pro feminis *intercedere mulieres* PROHIBENTUR. (in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 278.)

Wie leicht entsagt nicht die Frauensperson ihrer Rechtswohlthat, welche einmal zur Uebernehmung einer Bürgschaft sich hat verleiten lassen? Man wendet zwar ein, daß in der Renunciation ein neuer rechtlicher Grund zu finden sey, aus welchem selbst die Gesetze einer intercedirenden Frauensperson die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults versagten. Man sagt nämlich, wenn eine Frauensperson, mit ihrer Rechtswohlthat bekannt gemacht, derselben entsagt, so verbürgt sie sich ja wissentlich, und hat sich also nach *L.* 30. *D. h. t.* ihrer Rechtswohlthat verlustig gemacht. Allein sehr treffend ist diesem Einwurfe dadurch begegnet worden, daß das Gesetz nur allein von dem Falle redet, wenn die Frauensperson in der Absicht, den Gläubiger zu hintergehen, sich bey ihm verbürgte; da es ihr bekannt war, daß sie sich in der Folge durch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults würde schützen können. Ein solcher Vorwurf einer betrüglichen Absicht könne aber einer Frauensperson in dem Falle nicht gemacht werden, da diejenigen, denen darum zu thun ist, dieselbe zur Intercession zu bereden, unter dem Vorwande dieses Gesetzes die Einleitung treffen, daß der Gläubiger durch Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults begünstiget werde. Hier fehle so viel, daß man der Intercedentin einen Dolus vorwerffen könne, daß vielmehr ein anderes Gesetz[84]) zur Anwendung kommen müsse, welches dasjenige, was zur Eludirung des Senatusconsults geschieht, für eben so unwirksam, als die übernommene Ver-

84) *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* Paulus respondit, ea, quae in fraudem SCti, quod de intercessione foeminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere.

Verbindlichkeit der Intercedentin, erklärt. Diese letztere Meinung verdient wohl in der Theorie allerdings den Vorzug, und ist nach der Novelle 134. Kap. 8. noch weniger Zweifel in dem Falle unterworffen, da sich eine Ehefrau für die Schulden ihres Mannes verbürgt [85]). Allein da wir h. z. T. die Intercessionen der Frauenspersonen nicht mehr unter die verbotenen Rechtsgeschäfte zählen, sondern sie nur als Verträge ansehen, denen die Gesetze allen gerichtlichen Effect versagen; so findet in der heutigen Praxis die Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults ohne Bedenken Statt, eine Frauensperson mag sich für ihren Ehemann, oder für einen andern Schuldner verbürgen [86]). Es kommt also nur noch darauf an, was zur Gültigkeit einer solchen Entsagung erfordert werde? Darüber herrscht aber freylich noch eine große Uneinigkeit unter den practischen Rechtsgelehrten. Zwar ist man

I. darüber einverstanden, daß die Intercedentin vor allen Dingen gehörig belehrt, und mit dem Inhalt derjenigen Rechtswohlthat bekannt gemacht werden müsse, welcher sie sich begeben will. Denn ein Verzicht auf ein dem Entsagenden unbekanntes Recht ist ohne rechtliche Wirkung [87]). Diese Belehrung ist aber bey Frauenspersonen desto nöthiger, da Mangel an Rechtskenntniß bey ihnen in Zweifel vermuthet werden muß [88]). Die meisten Rechtsgelehrten stimmen auch darin überein, daß eine Entsagung der

85) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

86) S. Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen 1. Band. S. 25. ff.

87) *L. 19. §. ult. D. de inoff. testam. L. 22. §. 2. Cod. de furt.*

88) *L. 9. D. de iuris et facti ignor.*

der weiblichen Rechtswohlthaten ohne vorhergegangenen genugsamen Unterricht und Kenntniß derselben nicht einmal sodann als gültig angesehen werden könne, wenn sie gleich in einem öffentlichen Instrument geschehen [89]), oder gar mit einem körperlichen Eide wäre bekräftiget worden [90]). Allein wenn es auf die Frage ankommt, auf welche Art und Weise die Belehrung über die zu entsagenden Rechtswohlthaten eigentlich geschehen müsse, so pflegen nicht alle Rechtsgelehrten die Sache mit derjenigen Genauigkeit zu nehmen, welche gleichwohl die Wichtigkeit derselben erfordert. Mehrere [91]) wollen nämlich eine Frauensperson schon für hinlänglich unterrichtet halten, wenn nur in dem Schuld- und Bürgschein eine mit teutschen Worten deutlich gefaßte Beschreibung der Rechtswohlthat des Vellejanischen Senatusconsults, und ein klarer Verzicht darauf enthalten sey; z. B. Sie entsage hiermit der Rechtswohlthat, vermöge welcher sich sonst eine Frauensperson nicht gültig verbürgen kann. Habe nun die Bürgin eine solche Ur-

89) BERGER Oecon iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 8. nr. 8.

90) BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. II. §. 19. not. ttt. STRYK Diss. de certioratione iurium renunciandor. Cap. III. nr. 15. sq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXX. medit. 3. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed 76. §. 2. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 69. S. 142. f. ENGELBRECHT Diss. de renunciatione SCti Vellejani privato instrumento facta. Cap. II. §. 8. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 12. not. t. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4144.

91) STRYK de cautel. contractuum. Sect. I. cap. 5. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXX. medit. 2. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 159. pag. 527.

Urkunde eigenhändig unterschrieben, so werde auch kein weiterer Beweiß wegen der Certioration erfordert, da die Unterschrift des Documents die Wissenschaft und Einwilligung in den Inhalt vermuthen lasse. Allein wie wenig eine auf solche Art geschehene Belehrung für genügend zu halten sey, und wie wenig jene Vermuthung auf Personen, bey welchen eine gänzliche Unkunde der Rechte vorauszusetzen ist, Anwendung leide, ist schon von andern [92]) gezeigt worden. Soll sich also eine Weibsperson bey der Uebernahme einer Intercession ihrer Rechtswohlthaten auf eine gültige Art begeben, so ist nicht genug, wenn sie blos belehrt wird, welche Rechte ihr in Ansehung derselben zustehen, wofern sie nicht auch von der Natur und Wirkung der übernommenen Verbindlichkeit hinlänglich unterrichtet wird [93]). Es muß ihr daher nicht nur die rechtliche Beschaffenheit der Schuld, für welche sie intercedirt, z. B. wenn es eine Wechselschuld, oder eine hypothekarische, oder sonst privilegirte Forderung ist, sondern auf die Art und Wirkung der Intercession, welche sie eingehen will, deutlich erklärt werden [94]). Ist die Intercedentin eine Ehefrau, welche sich für die Schuld ihres Mannes verbürgen will, so muß sie insonderheit über den Inhalt der *Auth.* Si qua mulier *Cod.*

ad

92) S. Ge. Jac. Fried. Meisters Practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht 2. B. IV. Bemerk. Nr. 6. u. 7. S. 55.

93) Man vergl. hier vorzüglich Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener pract. Rechtsmaterien Nr. VIII. S. 129. u. ff.

94) Röslin von besondern weiblichen Rechten 2. Th. S. 178. §. 83.

ad SCtum Vellejanum belehrt werden. Man streitet sich darüber, ob sie auch dieser Authentike namentlich entsagen müsse. Mehrere [95]) halten die ausdrückliche Anführung derselben für durchaus nothwendig, wenn die Entsagung auf eine verbindliche Art geschehen soll. Andere [96]) hingegen halten es für hinreichend, wenn die Ehefrau ihren weiblichen Rechtswohlthaten überhaupt nach vorhergegangener Belehrung derselben, oder auch nur dem Vellejanischen Senatusconsult entsagt hat, weil die Authentike unter demselben, als ein bloßer Zusatz, schon mit begriffen sey. Allein es scheint mir alles darauf anzukommen, ob die Entsagung so gefaßt ist, daß sie den Inhalt jener Authentike vollkommen ausdruckt, oder nicht. In jenem Falle würde es kein Fehler seyn, wenn auch dieselbe nicht namentlich wäre angeführt worden. Z. B. es heißt in der Schuldverschreibung: Sie begebe sich der Rechtswohlthat, vermöge deren sonst eine Ehefrau sich für ihren Ehemann auf keinerley Weise gültig verbürgen kann, vielmehr eine solche Bürg-

95) SANDE Decision. Lib. III. Tit. XI. Definit. 4. MEVIUS P. VI. Decis. XXII. nr. 4. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 69. S. 144. §. 90. S. 193. u. §. 92. S. 199.

96) BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercess. Cap. III. §. 8. not. ii. HUBER Praelect. iur. civ. h. t. §. 20. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 2. et ad eand. Animadvers. STRYK de cautel. contractum Sect. II. cap. 6. §. 6. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXII. medit. 5. et 6. ENGELBRECHT cit. Diss. de renunciat. SCti Vellej. etc. Cap. II. §. 17. Schröter vermischte jurist. Abhandlungen 1. Band. S. 52. ff. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 13. not. v.

Bürgschaft in den Gesetzen für durchaus nichtig erklärt ist, wenn sie auch noch so oft nachher wiederholt und aufs neue bekräftiget worden wäre, und nur allein dadurch gültig werden könne, wenn das von dem Mann entlehnte Geld erweislich zum Nutzen derselben verwendet worden ist. Ausserdem würde die bloße Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults nicht genügen, weil die Novelle 134. Kap. 8. woraus die *Auth.* Si qua mulier genommen ist, sich gerade darin von dem Vellejanischen Senatusconsult unterscheidet, daß keine Wiederholung der Intercession noch Entsagung gelten soll. Will der Ehemann dem Gläubiger sein unbewegliches Vermögen verpfänden, woran er der Frau eine donatio propter nuptias verschrieben hat, so ist nach der *Auth.* Sive a me *Cod. h. t.* eine solche Verpfändung ungültig, wann sie auch mit Einwilligung der Frau geschehen wäre, und diese ihre Einwilligung auch noch so oft wiederholt hätte. Die Ehefrau muß also auch dieser Authentika nach vorhergegangener Belehrung derselben entsagen. Uebrigens wird die Belehrung im Zweifel nicht vermuthet, sondern muß von dem, welcher sie behauptet, bewiesen werden [97]). Zu diesem Beweise ist aber die bloße Anführung in der Urkunde, oder auch das bloße Bekenntniß der Intercedentin in dem Schulddocument, daß die Belehrung geschehen sey, nicht hinreichend [98]), wenn auch das Document von

der

97) BOEHMER cit. Diss. de effic. mulierum intercess. Cap. II. §. 19. not. uuu. STRYK Diss. de certioratione iur. renunciandor. Cap. IV. nr. 4. sqq.

98) STRYK cit. loc. nr. 9. sqq. Gmelin von Aufsätzen über

Bür

der Intercedentin unterschrieben seyn, und in demselben eine Beschreibung der weiblichen Rechtswohlthat, und deren Begebung enthalten seyn sollte [99]); wofern nicht etwa die Urkunde unter öffentlicher Auctorität errichtet worden wäre, in welchem Falle aber doch auch der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen seyn würde. Dahingegen kann sich eine Weibsperson, die vorhin schon einmal belehrt worden ist, welche Vorrechte ihr in Absicht einer Bürgschaft zukommen, ihrer Verbindlichkeit keinesweges unter dem Vorgeben entziehen, daß sie bey der folgenden Intercession nicht besonders belehrt, oder von ihren weiblichen Rechtswohlthaten nicht abermals unterrichtet worden sey; es müßte ihr denn etwa Vergessenheit oder betrügliche Beredung gegen die replica doli zu statten kommen [100]). Man streitet hiernächst

II. darüber, ob die Entsagung in einem öffentlichen Instrument geschehen müsse, oder ob sie auch in einer Privaturkunde geschehen könne? Viele [1]) behaup-

Verträge §. 69. S. 142. Anderer Meinung sind zwar MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 231. nr. 4. et 5. und Röslin in der angeführten Abhandl. S. 184. §. 88. Allein man sehe Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien Nr. VIII. S. 131. ff.

99) S. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2. Band IV. Bemerk. Nr. 6. u. 7. S. 55. f.

100) *Frid. Es.* a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 43. §. 3. Fried. von Bülow's und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 4. Band Erört. 35. und GEHCKE Diss. de limit. SCti Vellej. §. 19.

1) SANDE Decision. Lib. III. Tit. XI. Def. 2. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 18. TULDENUS Comm. ad Cod. h. t. nr. 9.

SCHIE-

haupten das Erstere, und berufen sich auf *L. 23. Cod. h. t.* Allein richtiger ist die Meinung derjenigen [a]), welche die Entsagung für gültig halten, wenn sie auch nur in einem Privatinstrument geschehen ist. Denn offenbar redet die angeführte *L. 23.* blos von der Intercession, von dieser ist aber die Verzichtleistung, von welcher wir hier reden, wesentlich unterschieden. Jene erfordert freylich ein öffentliches Instrument, *ne mulieres perperam sese pro aliis interponant*, wie Justinian in dem angeführten Gesetz als Grund anführt; und nur der Entschluß zu dieser läßt sich mit der dem weiblichen Geschlecht eigenen Gutmüthigkeit und Leichtsinn wohl entschuldigen, und verdient die Hülfe des Gesetzes. Allein nicht so die mit Ueberlegung und Einsicht geschehene Entsagung der Rechtswohlthat. Hier läßt sich der Vorwurf einer unredlichen Absicht nicht wohl von ihr ablehnen, wenn sie sich dennoch nachher auf die Rechtswohlthat beruft. Es läßt sich daher von jener auf diese um so weniger ein gültiger Schluß machen, da hier nirgends ein Gesetz vorhanden ist, welches die Gültigkeit der Renunciation an die Form einer öffentlichen Urkunde geknüpft hat. Aus diesem Grunde behaupten

SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 10. SICHARD Comm. ad Cod. h. t. nr. 14. und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 24.

a) BOEHMER Diss. cit. Cap. II. §. 19. not. qqq. Nr. III. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. *a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 159. Rößlin von besond. weibl. Rechten 2. Theil. S. 174. §. 76. und Meisters pract. Bemerkungen 2. B. Bemerk. IV. Nr. 4.

ten daher auch mehrere angesehene Rechtsgelehrten [3]), daß sogar dann, wenn beydes, Intercession und Entsagung, in einer Privaturkunde geschehen ist, die Intercession um der Entsagung der weiblichen Rechtswohlthat willen, für verbindlich zu halten sey. Endlich sind unsere Practiker:

III. auch darüber verschiedener Meinung, ob die Entsagung eidlich geschehen müsse, oder ob sie auch ohne Eid gültig sey? Mehrere Rechtsgelehrten [4]) halten den Eid für unnöthig. Allein die meisten [5]), deren Meinung in der Praxis jetzt die herrschende ist, machen einen Unterschied, ob blos von einem Verzicht auf das Vellejanische Senatusconsultum, oder von einer Entsagung der Authentica. Si qua mulier die Rede sey. Erstere kann auch ohne Eid gültig geschehen. Letztere hingegen erfordert nach der in der Praxis angenommenen Lehre eine eidliche Bestärkung, wenn die Verbürgung einer Ehefrau für ihren Mann für gültig gehalten werden soll. Ob aber zu

einer

3) STRYK de cautel. contract. Sect. II. cap. 6. §. 14. FRANZKII Commentar. in Pand h. t. nr. 30. Meister in den angef. pract. Bemerkungen a. a. O. Nr. 5. S. 53. f. und Rößlin S. 192. §. 98. Anderer Meinung ist jedoch PEREZ in Praelect. in Codic. h. t. nr. 23. a. E.

4) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. BOEHMER Diss. de effic. mulier. intercess. Cap. II. §. 19. not. qqq. Cap. III. §. 8. Rößlin a. a. O. §. 77. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 90. S. 195. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 838. Not. 4. u. a.

5) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 11. STRYK Caut. contract. Sect. II. cap. 6. §. 4. LEYSER Vol. III. Specim. CLXXII. medit. 1. et 2. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 8. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 118. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 4144.

einer gültigen Entsagung der angeführten Authentike ein körperlicher Eid erfordert werde? oder ob es für hinlänglich zu halten sey, wenn die Ehefrau in der Verschreibung einen schriftlichen Eid durch Einrückung der Formel: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort, oder auch der Formel: bey dem Wort der ewigen Wahrheit, geleistet hat? oder ob auch schon der von einer Ehefrau an Eidesstatt geleistete Verzicht, die Rechtswohlthat der Auth. Si qua mulier entkräfte? ist zweifelhaft. Mehrere [6]) halten das letztere nicht für hinreichend, sondern erfordern entweder einen körperlichen [7]), oder wenigstens einen schriftlichen Eid [8]). Allein da hier von einem freywilligen und aussergerichtlichen Eide die Rede ist, bey welchem die Gesetze keine Schwörungsformel vorgeschrieben haben, so ist hier jede Formel für gültig zu halten, wodurch die ernstliche Absicht, sich eidlich verpflichten zu wollen, ausgedruckt wird. Diese Absicht geben aber die Worte: an Eides statt, hinlänglich zu erkennen, und es wird daher durch diese Formel das Gewissen unstreitig eben so stark verbunden, als durch jede andere Schwörungsformel, welche das Wesen des Eides enthält [9]).

Es

6) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXXI. Corol. 3. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Decis. XII. nr. 14. pag. 213.

7) *a* SANDE Decision. Lib. III. Tit. XI. Definit. 3.

8) WERNHER Select. Observation. for. Tom. II. Part. X. Obs. 429. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 43. §. 2. CARPZOV P. II, Constitut. XVI. definit. 6. ENGELBRECHT Diss. cit. Cap. II. §. 16.

9) BOEHMER Iur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 5.

Es ist daher auch die von einer Ehefrau in dem Schuld- und Bürgscheine unter der Formel an Eides statt geschehene Entsagung der Auth. *Si qua mulier* so lange für bündig und wirksam zu halten, als nicht die besondern Landesgesetze einen förmlichen oder körperlichen Eid erfordern [10]).

Noch ist zu bemerken, daß wenn eine Wittwe erst nach dem Tode ihres Mannes den Gläubigern desselben Bürgschaft leistet, die Vorschrift der Novelle 134. Kap. 8. keine Anwendung finde, und daher in diesem Falle auch keine Entsagung der Auth. *Si qua mulier* nöthig sey, weil hier die Gründe des Gesetzes wegfallen [11]). Zwar glauben viele [12]), die Bürgschaft sey hier dergestalt gültig, daß nicht einmal eine Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults erforderlich sey. Denn für einen todten Schuldner, sagt man, finde keine eigentliche Intercession mehr Statt. Die Wittwe stelle sich also hier als Selbstschuld-

10) S. Fried. von Bülow's und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band Erört. 33.

11) MEVIUS Decis. Tom. II. Part. VII. Decis. 229. und *Frid. Lud.* DOERING Disquisit. An uxor beneficiis muliebribus iuvetur post mortem mariti eius debita suscipiens? *Erfordiae* 1780. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 948. Nr. 2.

12) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 16. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 3. §. 8. not. 8. in fin. *Ern. Imm.* TENZELL Diss. de vidua defuncti mariti debita suscipiente, an gaudeat beneficio SCti Vellej. et auth. Si qua mulier? *Erfordiae* 728. de CRAMER Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 944. WERNHER Lectissim. Commentation. in Pand. Tom. I. h. t. §. 4. u. a. m.

schuldnerin dar, und verspreche den Gläubigern Zahlung. Ueberdem suche sie dadurch die Ehre ihres verstorbenen Mannes zu retten; im Ganzen gehe sie also hier ein Geschäft ein, was eigentlich sie selbst betreffe, und könne folglich schon darum sich nicht mehr auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten berufen. Allein prüft man diese Gründe genauer, so muß man sich wundern, wie jene Meinung bey Rechtsgelehrten von solchem Ansehen, als dieselbe behaupten, hat Beyfall finden können. Man geht ja offenbar von einem ganz falschen Satze aus, wenn man sagt, es finde für einen verstorbenen Schuldner keine wahre Intercession mehr Statt. Das Gegentheil lehrt **Florentinus** ausdrücklich, wenn er *L.* 22. *D. de fideiussoribus* sagt: *Mortuo reo promittendi*, et ante aditam hereditatem *fideiussor* accipi potest: quia hereditas *personae vice* fungitur. Ein solcher Bürge ist als ein negotiorum gestor anzusehen, welcher zum Nutzen der Erbschaft und des künftigen Erben handelt [13]). Er macht sich daher, wie **Paulus** [14]) sagt, gewissermaßen die Erbschaft selbst verbindlich. Wie kann man also wohl mit Grund behaupten, die Wittwe, welche die Schulden ihres verstorbenen Mannes zu bezahlen übernimmt, schließe ein sie selbst betreffendes Geschäft? Wer kann läugnen, daß dieses eine Art der Intercession sey, und daher das Vellejanische Senatusconsult Statt finde? Sagt denn nicht **Kr. Alexander** *L.* 4. *C. h. t.* deutlich genug: Senatusconsultum locum habet, si

13) *L.* 3. *pr. L.* 12. §. 2. *L.* 45. §. 2. *D. de negot. gestis.* Man vergleiche hier vorzüglich *Christph. Lud.* CRELL Diss. de intercessione pro debitore mortuo. *Vitemb.* 1754.

14) *L.* 21. §. 1. *D. de negot. gestis. L.* 1. §. 6. *D. de iniur.*

si eam obligationem, *quae in alterius persona constitit*, mulier in se transtulit? Fallen nun auch bey der Wittwe die Gründe weg, welche der Auth. *Si qua mulier* Raum geben, so treten doch wenigstens noch immer diejenigen Gründe ein, warum Frauenspersonen sich überhaupt nicht für fremde Schulden verbindlich machen können. Es ist also wohl keinem Zweifel unterworffen, daß wenn die Intercession der Wittwe gelten soll, dieselbe sich der Wohlthat des Vellejanischen Senatusconsults, nach vorhergegangener Belehrung desselben, begeben müße [15]). Eine andere Frage aber ist es, ob eine von der Wittwe schon bey Lebzeiten ihres Ehemanns geleistete ungültige Bürgschaft nicht dadurch gültig werde, wenn sie dieselbe nach ihres Mannes Tode entweder ausdrücklich wiederholt, oder durch Bezahlung der Zinsen stillschweigend anerkennt? Mehrere berühmte Rechtsgelehrten [16]) tragen kein Bedenken, dieselbe zu bejahen; wenn nur seit der erstern Intercession,

 oder,

15) Ausser Hellfeld stimmen hierin mit mir überein *Paul. Phil.* WOLFHARTH Diss. de intercessione viduae pro marito mortuo. *Rintel. 1738.* CRELL Diss. cit. §. 8. REINHARTH Diss. potissima capita invalidae mulier. intercessionis, pro efficaci perperam habitae, expon. *Erfordiae* 1732. §. 28. DOERING cit. Commentat. §. 10—13. BOEHMER Consultat. et Decision. Tom. III. P. II. Decis. 271. nr. 8. et Decis 272. nr. 6. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 1. Dabelow Grundsätze des Eherechts §. 318. und Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 90. a. E.

16) MEVIUS P. VI. Decis. 299. nr. 4. et P. VII. Decis. 229. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 16. RIVINUS Enunciat. iuris Tit. 7. Enunc. 42. LEYSER Specim. CLXXII. Specim. 7. et 8. und *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. potissima capita invalidae mulierum intercessionis, pro efficaci perperam habitae, exhib. §. 11.

oder, wie andere [17]) wollen, seit dem Tode des Ehemannes ein Zeitraum von zwey Jahren verstrichen ist. Allein die *L.* 22. *Cod. h. t.* findet, wie bereits oben S. 16.) gezeigt worden, da keine Anwendung, wo die erste Intercession ipso iure nichtig ist. Es gilt vielmehr hier, was Justinian in der Novelle 134. Kap. 8. sagt: nullatenus huiusmodi intercessionem valere, licet multoties pepetita sit. Soll also die Intercession der Witwe für die Schulden ihres verstorbenen Mannes eine verbindliche Kraft haben, so muß sie auf jeden Fall dem Vellejanischen Rathsschlusse noch besonders entsagen [18]). Eine eidliche Bestärkung hingegen, wie Carpzov [19]) erfordert, ist hier nicht mehr nöthig.

§. 926.

Natur der Exception des Vellejanischen Senatusconsults.

Die *exceptio SCti Vellejani* gehört ihrer Natur nach

I. zu denjenigen Einreden, welche man dingliche nennt, (*exceptiones rei cohaerentes*) [20]). Sie kommt daher nicht nur der intercedirenden Frauensperson zu, sondern auch ihre Erben und Nachfolger [21]), und alle, welche für die Intercession intercedirt haben, können sich gleichfalls jener

17) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 74.

18) S. DOERING cit. Disquisit. an uxor beneficiis muliebrib. iuvetur post mortem mariti eius debita suscipiens? §. 8. et 9.

19) Iurisprud. for. P. II Const. 16. Def. 3.

20) *L.* 7. §. 1. *D. de except.*

21) *L.* 20. *Cod. h. t.* Heredes quoque mulieris adversus creditores eadem exceptione, quae ex SCto introducta est, uti posse dubium non est.

jener Einrede bedienen [22]). Denn könnte sich der Bürge nicht eben so gut, wie die Intercedentin selbst, mit der Einrede des Senatusconsults schützen, so würde er, wenn er für sie hätte Zahlung leisten müssen, mit der actio mandati gegen sie seinen Regreß nehmen können, und so könnte ihr indirect die Rechtswohlthat entzogen werden [23]). Dem Bürgen soll daher die exceptio SCti Vellejani auch sogar alsdann zu statten kommen, wenn er auch ohne Auftrag der Intercedentin für sie von freyen Stücken gutgesagt hätte. **Cajus Cassius** war zwar anderer Meinung, allein **Ulpian** gab der Meinung **Julians** Beyfall, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 16. §. 1. *D. h. t.* Si ab ea muliere, quae contra Senatusconsultum intercessisset, fideiussorem accepissem: CAIUS CASSIUS respondit, ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset. JULIANUS autem recte putat, *fideiussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet* [24]); quia totam obligationem [25]) Senatus improbat; et a Praetore restituitur prior debitor creditori.

Da

22) *L.* 14. *Cod. eod.* Mulierem contra SCti Vellejani auctoritatem non posse intercedere, *eademque exceptione fideiussorem eius uti posse*, iuris auctoritas probat. — *L.* 8. §. 4. *D. h. t.* Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor eius non fuit, *exceptione SCti poterit uti*, quemadmodum *mulieris fideiussor*.

23) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXVII. not. a.

24) Denn auch der Bürg, welcher ohne Auftrag für die Intercedentin gutsagte, könnte die actio negotiorum gestorum anstellen. *L.* 20. §. 1. *D. Mandati.* Es ist also hier gleicher Grund vorhanden, zur Abwendung der Regreßklage dem Bürgen

Da jedoch der Bürge in der Regel nicht mehr Recht haben kann, als die sich verbürgende Weibsperson, so versteht sich's, daß sich derselbe in den oben angegebenen privilegirten Fällen eben so wenig, als die Weibsperson selbst, des Vellejanischen Rathsschlusses bedienen könne [26]. Eben so gewiß ist es aber auch, daß dem Bürgen darum noch nicht diese Einrede zu versagen sey, weil sich etwa die Weibsperson ihrer Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat, oder sich derselben nicht bedienen will [27]. Denn man kann durch seinen Dolus einem dritten Unschuldigen eben so wenig schaden [28]) als durch seine Renunciation dem Recht eines Dritten etwas vergeben [29]). Ein anders wäre, wenn Jemand für eine Weibsperson, welche mit Betrug umging, oder bereits auf das Senatusconsult Verzicht geleistet hatte, wissentlich intercedirt. Denn so wie er in jenem Falle, als Theilnehmer des Betrugs zu behandeln ist, so hat er sich in dem letzten Fall seiner Einrede ebenfalls stillschweigend begeben [30]).

II. Die

gen der Intercedentin die Einrede des Senatusconsults auch in diesem Falle zu gestatten.

25) Unter *tota obligatio* ist hier nicht blos die Verbindlichkeit der intercedirenden Frauensperson, sondern auch derjenigen, welche für sie intercedirt haben, begriffen, mit *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. gegen Accursius ganz richtig bemerkt.

26) Röslin in der angef. Abh. S. 192. §. 99.

27) Röslin S. 193. §. 100.

28) *L. 11. pr. D. de doli mali et metus except.*

29) *L. 41. D. de minorib.* Unicuique licet contemnere haec, quae *pro se* introducta sunt.

30) Röslin S. 194. §. 101.

II. Die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses gehört zu den privilegirten Einreden, welche in jedem Theile des Prozesses, auch noch nach erfolgter Verurtheilung, bis zur Execution vorgeschützt werden kann. Nach dem röm. Recht ist dieses keinem Zweifel unterworffen. Die Einrede des Vellejanischen und Macedonianischen Senatusconsults sollen hierin nach der ausdrücklichen Verordnung desselben gleiches Vorrecht haben [31]): Viele [32]) wollen indessen heutzutage dieses Privilegium bestreiten, weil der jüngste Reichsabschied §. 37. schlechterdings von dem Beklagten fordere, daß derselbe, was er dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal, gleich in der ersten Verhandlung, bey Strafe der Präclusion vorbringe. Allein ich kann mich noch nicht davon überzeugen, daß dadurch jenes Privilegium aufgehoben worden sey [33]). Denn ein neues, selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz, hebt bekanntlich nicht die in dem ältern Gesetz gemachten Ausnahmen auf [34]).

III. Wird die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses nicht vorgeschützt, so fragt sich's, ob sie der Richter nicht

31) *L. 11. D. de SCto Macedon.*

32) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. II. Cap. IV. §. 9. Not. **. und Gönner im Handbuche des deutsch. gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XXXIII. §. 11. S. 195.

33) S. Danz Grundsätze des ordentl. Prozeßes §. 186. HOPACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4142. et 4391. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 946.

34) Thibaut Syst. des P. R. 1. Th. §. 39.

nicht von Amtswegen ergänzen könne? Einige [35]) wollen dieses behaupten. Allein nach dem von den heutigen Practikern richtiger angenommenen Grundsatz, daß der Richter gar keine Einrede von Amtswegen suppliren dürfe [36]), muß diese Frage vielmehr verneint werden [37]). Diese Meinung ist auch dem Geist der Gesetze allerdings gemäßer, weil die Klage des Gläubigers gegen die Intercedentin nicht ipso iure unstatthaft ist, sondern nur ope exceptionis unwirksam gemacht wird. Daß daher die Intercedentin condemnirt werden kann, sagt auch Ulpian *L.* 11. *D. ad SCtum Macedon.* Es braucht indessen die exceptio SCti Vellejani nicht immer gerade unter diesem Namen eingewendet zu werden, genug wenn die Beklagte solche Thatumstände anführt, welche eine Intercession ausser Zweifel setzen, und dem Kläger Gelegenheit geben, seine Gegeneinwendungen replicando vorzubringen. Billig wendet hier der Richter die Gesetze von der Unverbindlichkeit der weiblichen Intercessionen auf diesen Fall an [38]). Ist ein solcher Fall vorhanden, wo die Intercession absolut nichtig ist (S. 459.) so muß zwar die Klage von richterlichen Amtswegen verworffen werden, weil hier gar kein Klagerecht

35) Wehrn Theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen. §. 68.

36) Gönners Handbuch des gemeinen Prozeßes 1. Band Nr. X. §. 13.

37) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 20. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 4142. nr. IV.

38) S. Röslins angef. Abhandlung 2. B. S. 221.

recht existirt. Allein der Richter ergänzt hier keine Einrede, sondern er übt sein Amt der Reflexion aus [39].

§. 927.

Heutiger Gebrauch des Vellejanischen Senatusconsults.

Daß das Vellejanische Senatusconsultum in Deutschland angenommen sey, beweißt die tägliche Praxis [40]. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß dasselbe nach den besondern deutschen Statuten und Landrechten auf verschiedene Art modificirt worden sey [41]; wo es indessen an solchen besondern Bestimmungen fehlt, macht das römische Recht die Regel aus. Die in der Praxis vorkommenden häufigen Renunciationen beweisen den lebhaften Gebrauch dieses Senatusconsults nur gar zu deutlich. Der ehemalige Canzler der Hallischen Universität **Johann Peter von Ludewig** [42]) führt zwar eine Menge von Differenzen an, worin das heutige Recht von dem römischen abweichen soll; z. B. eine Weibsperson soll das, was sie aus rechtlicher Unwis-

39) Alles, wobey es auf Beurtheilung der Sache ankommt, macht einen Gegenstand der richterlichen Reflexion aus. S. **Gönner** a. a. O. §. 4. S. 240. ff.

40) Des *Christ.* THOMASII Diss. de usu exiguo SCti Vellejani in foris Germaniae. *Halae* 1707. hat schon **Röslin** von besondern weibl. Rechten 2. B. S. 217 — 222. ausführlich widerlegt.

41) Solche Statuten führen **Schröter** in den vermischten jurist. Abhandlungen 1. Band S. 43. ff. **Röslin** in der Abh. von besond. weibl. Rechten 2. Band S. 242. ff. und *Ad. Frid.* TRENDELENBURG Diss. de intercessione feminarum secundum iure Slesvicensia et holsatica. *Kilonii* 1776. an.

42) Differentiae iuris Rom. et Germanici in SCto Vellej. exule. *Halae* 1720.

Unwissenheit als Intercedentin bezahlt hat, jetzt nicht mehr zurückfordern können, auch nicht das Pfand, was sie für eine fremde Schuld hingab. Soll hingegen heutzutage von dem Senatusconsultum auch dann Gebrauch machen können, wenn sie gleich für ihre Intercession eine Belohnung empfing, u. d. m. Allein alle diese vermeintlichen Differenzen beruhen auf der falschen Voraussetzung, als ob die Römer die Intercessionen der Frauenspersonen nur darum gemißbilliget hätten, weil sie solche als eine Verletzung der weiblichen Schamhaftigkeit angesehen; die Deutschen hingegen den Vellejanischen Rathsschluß blos zu dem Zweck aufgenommen hätten, damit die Frauenspersonen nicht überlistet werden möchten [43]. Haben denn etwa die Römer diesen Grund nicht auch berücksichtiget? Wohin zielt denn die weibliche Schwäche, die Ulpian *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* als Grund anführt, anders hin, als auf eine bey dem Leichtsinn der Weiber so gar leicht mögliche Ueberlistung derselben? ja sagt nicht Ulpian §. 3. ganz deutlich: SCtum *deceptis*, non decipientibus, opitulatur. *Infirmitas* enim *feminarum* auxilium meruit?

43) Rößlin S. 222.—233. hat den Ungrund der von Ludewig angegebenen Differenzen ausführlich dargethan.

Lib. XVI.

Lib. XVI. Tit. II.

De compensationibus.

§. 928.

Begriff der Compensation. Grund und Erfordernisse derselben.

Unter *Compensatio* [44]), welche auch in den Gesetzen häufig *pensatio* [45]) genennt wird, versteht man überhaupt Tilgung einer Schuld durch Gegenforderung. In diesem Sinn kann sie sich entweder in einer Uebereinkunft der Par-

44) *Herm.* VULTEIUS de compensationibus. *Marb.* 1589. *Pet.* BELLOJI Dissertat. III. de eod. arg. (in MEERMAN. *Thes. iur. civ. et can.* Tom. IV.) *Scipio* GENTILIS, BORCHOLTEN und MAESTERTIUS de compensat. *Franc.* DUARENUS Commentar. in hunc Tit. Pandect. et Cod. in *Operib.* pag. 993. *Io. Tob.* CARRACH Diss. de praecipuis differentiis iuris Rom. et German. in compensatione. *Halae* 1739. Götz Beyträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Nr. III. S. 65 — 95. und *Parit. Herm.* ANKELMANN Diss. de compensatione, et speciatim de debito tertii compensando. *Goett.* 1791.

45) *L.* 7. §. 1. *L.* 15. *D. h. t.* *L.* 39. *D. Soluto matrimon.* *L.* 67. §. 3. *D. de legat.* 2. *L.* 18. *D. Commodati.* *L.* 52. §. 2. *D. familiae ercisc.* *L.* 18. *pr. D. de pign. act.* *Pensare* heißt eigentlich soviel als wägen. Die Benennung schreibt sich also aus den ältesten Zeiten her, wo man, vor Einführung des Geldes, soviel an rohem Metall dem Andern zuzuwägen pfleg-

Partheyen gründen, oder in der Verordnung der Gesetze. Jene wird eine willkührliche, (*compensatio voluntaria* s. *hominis*), diese aber eine nothwendige oder gesetzliche (compensatio *necessaria*, s. *iuris*, s. *legalis*) genennt [46]). Erstere hängt von der Willkühr der Interessenten ab, in sofern nur die Forderungen selbst ihrer Disposition unterworffen sind. Sie kann daher Statt finden, wenn auch die gegenseitigen Forderungen nicht von gleicher Art sind [47]). Letztere hingegen ist durch die Civilgesetze an gewisse Regeln gebunden. Diese findet nur Statt, wenn Forderung und Gegenforderung in fungiblen Sachen bestehen, und beyde unbedingt, beyde liquid, und von derselben Art sind [48]). Hier würde mein Gläubiger, wenn er zugleich mein Schuldner ist, unredlich handeln, wenn er die Schuld von mir bezahlt

pflegte, als man ihm schuldig war. PLINIUS *Histor. natur.* Lib. XXXIII. cap. 3. *Guil.* BUDAEUS de asse et partibus eius Lib. I. pag. 178. BRISSONIUS Antiquitat. Lib. I. cap. 7. und *Iac.* PERIZONII Diss. de aere gravi §. 3. in EIUS *Dissertationib.* pag. 404.

46) S. BELLOJUS cit. Diss. §. 1. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 978. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4119.

47) S. *Sixt. Io.* KAPF Diss. de compensatione circa maleficia. §. 3. *Frid.* CAPPEL Diss. quaestionem exhibens, an compensationi obstet praescriptio? praes. *Alb. Phil.* FRICK def. *Helmstadii 1794.* §. 3. Andere verwerffen jedoch diese Eintheilung, und nehmen statt einer *compensatio voluntaria* vielmehr eine datio in solutum an. S. *Io* SCHMIDEL Diss. de compensationibus. Th. 5. und *Io.* WUNDERLICH Diss. de re litigiosa non compensenda. *Ienae* 1756. §. 2.

48) *L.* 4. *L.* 8. *L.* 14. *Cod. h. t.*

bezahlt verlangen wollte; denn er würde mir das Gezahlte wieder zurückgeben müssen [49]). Was würde es ihm also helfen, wenn ich ihm Zahlung leistete? Mir aber könnte es sehr nachtheilig seyn, wenn unterdessen der Empfänger der Schuldsumme insolvent geworden wäre. Mit Recht sagt daher **Pomponius** *L.* 3. *D. h. t.* Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere. Die Billigkeit erfordert es also, daß sich mein Gläubiger die Abrechnung gefallen lasse, weil er durch das, was er mir schuldig ist, schon wirklich das ganz oder zum Theil hat, was er zu fordern berechtiget ist. Auf diesem Grunde der Billigkeit beruhet, was **Julian** sagt *L.* 2. *D. h. t.* Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare. Die *compensatio iuris* oder *necessaria*, von welcher wir hier handeln werden, ist also die Aufhebung einer Schuld durch Entstehung einer gegenseitigen liquiden und unbedingten Forderung von gleicher Art. **Modestin** sagt *L.* 1. *D. h. t.* COMPENSATIO est debiti et crediti inter se contributio. Hiermit stimmt auch **Theophilus** in seiner griechischen Paraphrase der Justinianeischen Institutionen [50]) überein, wenn er sagt: *Compensatio* est mutua computatio, (ὁ ἀντέλλογος) id est, debita inter se conferre et computare. Sie setzen also beyde das Wesen der **Compensation** in einer Vermischung (confusio) und Aufhebung gegenseitiger Forderungen, so wie sie aus wechselseitiger

49) *L.* 173. §. 3. *D. de div. reg. iuris.* Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

50) Lib. IV. Tit. 6. §. 30.

seitiger Zahlung entsteht, welche aber hier nicht wirklich geschieht, sondern nur im rechtlichen Sinn für so gut, als geschehen, angenommen wird. Gerhard Noodt [51]) erklärt daher die *Compensatio* durch mutua solutio, iuris interpretatione quasi per brevem manum facta.

§. 929.

Welche Schulden werden durch Compensation getilgt?

Compensation setzt nun also I. eine wechselseitige Schuld voraus. Es müssen nur aber wahre Gegenforderungen existiren, wenn auch die eine nicht so wirksam, als die andere, seyn sollte. Sie fällt daher weg, wenn die Gegenforderung, welche in Abrechnung gebracht werden will, entweder durch das pactum de non petendo aufgehoben, oder von den Civilgesetzen für dergestalt unwirksam erklärt ist, daß ihr nicht nur eine beständig dauernde Einrede entgegen steht, sondern auch dieselbe, wenn sie etwa wäre bezahlt worden, als eine Nichtschuld zurückgefordert werden kann [52]). Z. B. Die Gegenforderung des Schuldners rührt aus einem verbotenen Spiel, oder aus einer von seiner Gläubigerin übernommenen Intercession her. Dies ist der Sinn der L. 14. *D. h. t.* wo Javolen sagt: Quaecunque *per exceptionem* perimi possunt, in compensationem non veniunt. Zur Erläuterung können §. 1—5. *I. de exceptionibus* dienen. Eine solche

51) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 356.

52) C. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. c. 15. pag. 918. §. *Illud debitum.* *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 49. *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad L. 14. D. h. t. *Georg.* FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. h. t. nr. 7. *Frid.* CAPPEL Diss. cit. §. 8.

solche Gegenforderung, welcher, wenn sie durch Klage geltend gemacht werden wollte, die exceptio pacti conventi, doli, rei iudicatae, iurisiurandi, SCti Vellejani u. d. entgegengesetzt werden könnte, ist so gut, als gar keine. Nihil enim interest, sagt Paulus *L.* 112. *D. de div. reg. iuris*, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Als Beispiel führen einige 53) hier noch die *L.* 56. *D. de pactis* an, wo Julian sagt: Si convenerit, ne dominus a colono quid peteret, et iusta causa conventionis fuerit: nihilominus colonus a domino petere potest. Man will das so verstehen, wenn der Pächter mit dem Verpächter wegen einer gewissen rechtmäßigen Ursache den Vertrag geschlossen hätte, daß letzterer von ihm nichts fordern wolle, so könne der Pächter demungeachtet von dem Verpächter verlangen, was dieser ihm schuldig sey, ohne ihm die Einrede der Compensation entgegensetzen zu können. Allein Julian dachte hier wohl an keine Compensation, sondern die Frage war blos die, ob der Pachtcontract dadurch aufgehoben werde, daß der Verpächter dem Pächter das schuldige Pachtgeld wegen einer gerechten Ursache z. B. wegen Mißwachses, erlassen hatte. Dieses verneint Julian mit Recht, und behauptet vielmehr, der Verpächter werde dadurch nicht von seinen Verbindlichkeiten gegen den Pächter befreit 54). Statt jener Stelle, würde vielmehr noch fol-

53) Ge. d'ARNAUD Variar. Coniecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 15. pag. 315.

54) S. *Ant.* FABER Rational. ad L. 56. D. de pactis. *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 5. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II pap. 87.) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Nr. XLII. not. e.

folgende hier einen Platz verdienen. *L.* 95. §. 4. *D. de Solution.* Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita *iusto pacto*, vel *iureiurando ipso iure tollitur*; quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur. Nur solche Gegenforderungen sind also kein Gegenstand der Compensation, wo das Recht und die Verbindlichkeit selbst durch zerstörliche Einreden aufgehoben wird [55]). Ob übrigens die Gegenforderung aus einer natürlichen oder bürgerlichen Verbindlichkeit herrührt, ist gleichviel. Auch wegen einer blos natürlichen, wenn gleich an sich nicht klagbaren Verbindlichkeit, findet Compensation Statt [56]), vorausgesetzt, daß von einer solchen Verbindlichkeit die Rede sey, welche sich auf ein natürliches Zwangsrecht gründet [57]), und welcher die Civilgesetze nicht alle rechtliche Wirkung ausdrücklich entzogen haben. Ulpian läßt hierüber keinen Zweifel übrig, wenn er *L.* 6. *D. h. t.* sagt: Etiam, *quod natura debetur*, venit in compensationem. Nur darüber sind die Rechtsgelehrten noch nicht einverstanden, ob eine Forderung, welche binnen der gesetzlichen Verjährungszeit nicht eingeklagt worden, und daher präscribirt ist, gegen eine nachher entstandene Schuld in Abrechnung gebracht werden könne? Viele

55) S. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 6. S. 59.

56) S. VINNIUS Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 49. und Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 13.

57) Hat die Gegenforderung eine blos natürliche Liebespflicht zum Grunde, so ist dieselbe zum Zweck der Compensation nicht hinreichend. S. Webers Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden 1. Stück Nr. 6. Not. 5. S. 53.

Viele [58]) wollen dieses aus dem Grunde läugnen, weil sie glauben, daß durch die Verjährung die Verbindlichkeit des Schuldners aufgehoben worden sey. Sie suchen dieses noch durch den Ausspruch des Paulus zu bestärken, welcher *L.* 37. *D. de fideiussor.* sagt: Si quis, *postquam tempore transacto liberatus est*, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est. Allein die entgegengesetzte Meinung hat Herr Prof. **Weber** [59]) so gründlich vertheidiget, daß ihr wohl schwerlich Jemand seinen Beyfall versagen möchte. Man kann es jetzt als einen völlig erwiesenen Grundsatz annehmen, daß die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners durch die Verjährung nicht aufgehoben werde. Es würde also dem Schuldner, wenn er dennoch, obgleich aus Irrthum, Zahlung geleistet hätte, dieselbe wieder zurückzufordern nicht freistehen [60]). Nun sind Verbindlichkeiten, derentwegen die Zurückforderung des wirklich Bezahlten nicht statt findet, von der Compensation nicht auszuschließen [61]). Von die-

58) *Fernand.* VASQUIUS Illustrium controversiar. Lib. II. cap 53. *Gottl. Ger.* TITIUS Iur. privat. Rom. Germ. Lib. V. cap 13. § 37. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol III. Specim. CLXXIV. Corollar. COCCEJI Diss. de vero debitore absoluto Sect. II. §. 21. sq. und *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 13.

59) Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. N. 6. S. 54—60. Man vergleiche auch *Frid.* CAPPEL Diss. cit. an compensationi obstet praescriptio? praes. *Alb. Frid.* FRICK def. *Helmst.* 1794.

60) *L.* 19. *pr. L.* 40. *pr. D. de condict. indeb.*

61) S. BELLOJUS de compensatione (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 733.)

diesen Grundsätzen ist auch **Paulus** in der oben angeführten Stelle keinesweges abgewichen. Denn Erstens zeigt schon der Grund, warum der Bürge nicht gehalten seyn solle, daß hier von einem solchen Fall die Rede sey, wo die Bürgschaft aus Irrthum geschehen war. Dann aber ist noch immer die Frage, ob denn **Paulus** auch wirklich von einer eigentlichen Verjährung, welche blos die Klage des Gläubigers ausschließt, oder nicht vielmehr von einem solchen Falle rede, wo die Schuld nur selbst temporair ist, und mit dem Ablauf einer gewissen Frist die natürliche Verbindlichkeit an sich aufhört. Letzteres hat wenigstens Herr Prof. **Weber** [62]) in Beziehung auf *L. 44. D. de obligat. et act.* mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt. Aus gleichen Gründen läßt sich denn auch behaupten, daß ein Gläubiger, der sich beym Concurs seines Schuldners nicht gemeldet hat, und daher präcludirt worden ist, sich der Compensation bedienen könne, wenn ihn der Schuldner in der Folge gerichtlich belangen sollte [63]). Denn durch die Präklusion verliert ein Gläubiger nur seine Ansprüche an die gegenwärtige Concursmasse, keinesweges aber seine Forderung selbst, es bleibt ihm daher unbenommen, selbige gegen den Schuldner selbst, oder dessen Erben durch anzustellende Klage, oder auch mittelst einer Einrede gerichtlich zu verfolgen [64]). Daß auch Verbindlichkeiten aus Verbrechen

62) Syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 92. S. 399. f.

63) S. Webers angeführte Entwickelung §. 93. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 7. Band Nr. 369.

64) Man vergleiche vorzüglich Christoph Christ. Dabelow aus-

brechen, insofern es bloß auf Privatgenugthuung ankommt, eine Compensation zulassen, leidet an sich keinen Zweifel, und es kommt dann auch nicht darauf an, ob die Gegenforderung desjenigen, welcher auf Schadensersatz oder auf die Bezahlung einer Privatstrafe belangt wird, aus einem Vertrage, oder ebenfalls aus einem Delict, gleichviel, ob es von derselben oder von verschiedener Art ist, herrührt [65]). Die Compensation geschieht hier aber immer nur quoad concurrentem summam. Man setze also, A sey dem B hundert Gulden aus einem Darlehn schuldig, nachher habe B den A in einem Handel betrogen, oder ihn bestohlen, und ihn dadurch in einen Schaden von 200 fl. gebracht. Klagt nun A gegen den B. aus dem Delict, so kann B seine Forderung aus dem Darlehn in Abrechnung bringen. Ein gleiches würde Statt finden, wenn B aus einem andern Delict, z. B. aus einem damno iniuria dato, oder aus einer ihm zustehenden Injurienklage an den A eine Gegenforderung hätte. Von dieser Compensation ist Ulpian zu verstehen, wenn er *L.* 10. §. 2. *D. h. t.* sagt: Quoties ex maleficio oritur actio, utputa ex causa furtiva, caeterorumque maleficiorum, *si de ea pecuniarie agitur*, compensatio locum habet. Idem est, et si condicatur ex causa furtiva [66]). Allein eine andere Frage ist, ob und in wieferne gegenseitige Vergehungen

ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 523.—542.

65) S. *Io. Frid.* EISENBACH Disp de compensatione circa maleficia vel quasi, occasione Legis XXXVI. Dig. de dolo malo, praes. *Sixto Iac.* KAPFF def. *Tübingae* 1778.

66) S. EISENBACH Diss. cit. §. 18.

und Delicte selbst gegen einander aufgehoben werden können? Hier ist 1) soviel gewiß, daß in Ansehung der öffentlichen Strafe an keine Compensation zu denken sey. Denn hier ist kein wechselseitiger Gläubiger und Schuldner vorhanden, weil durch die öffentliche Strafe nicht dem Beleidigten, sondern dem Staate Genugthuung geleistet wird. Der Staat fordert also von beyden Uebertretern seiner Strafgesetze mit Recht Genugthuung [67]). 2) In Absicht auf die Privatgenugthuung hingegen ist zu unterscheiden, ob die gegenseitigen Vergehungen von gleicher, oder von verschiedener Art sind. In dem ersten Falle findet ohne allen Zweifel eine Compensation Statt. **Papinian** [68]) sagt ausdrücklich: Paria delicta mutua pensatione dissolvuntur. Der Grund dieser Compensation beruhet hier nicht in einer ficta per brevem manum solutio, sondern vielmehr darin, weil es die Gesetze für unbillig halten, gegen den Andern wegen eines Vergehens zu klagen, dessen man sich selbst schuldig gemacht hat [69]). **Labeo** sagt bey **Ulpian** [70]): Iniquum esse, communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero,

67) *L.* 13. §. 5. verbunden mit *L.* 2. §. 4. *D. ad Leg. Iul. de adulter. L.* 9. §. 5. *D. de publican.* S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 359. *Io. Ulr. de* CRAMER Observationes iur. univ. Tom. IV. Obs. 1155. EISENBACH cit. Diss. §. 15. et 16. Kleinschrod's Systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 92. und Tittmanns Handbuch des deutsch. Peinl. Rechts 1. Th. §. 147. S. 366.

68) *L.* 39. *D. Soluto matrimon.*

69) S. EISENBACH cit. Diss. §. 13.

70) *L.* 4. §. 3. *D. de doli mali et met. except.*

vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit, ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi; und Ulpian [71]) selbst erklärt sich darüber sehr gründlich, wenn er sagt: Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa, sicut sit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori, aut si rei quoque in ea re dolo actum sit. Die Gesetze enthalten hierüber folgende einzelne Fälle.

a) Wenn zwey Handelscompagnons oder andere socii sich bey der Betreibung eines Geschäfts einer gleichen Nachlässigkeit schuldig gemacht haben, wodurch für beyde derselbe Schade entstanden ist, so kann keiner gegen den andern klagen, sondern es wird hier Culpa mit Culpa compensirt.

L. 10. pr. D. de compensat. Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos, *ipso iure compensatione negligentiae facta.*

Es waren z. B. beyde Gesellschafter in Beitreibung einer Activpost säumig, und darüber ist der Schuldner insolvent geworden. Hier kann keiner dem Andern darüber Vorwürfe machen. Wäre aber die gegenseitige Nachlässigkeit bey verschiedenen Geschäften zu Schulden gebracht worden, und daraus ein verschiedener Schaden entstanden; z. B. der eine Socius hat durch Verwahrlosung der Gesellschaft einen Brandschaden von 1000 fl. zugezogen, der andere brachte sie durch seine Nachlässigkeit um ein Kapital von 200 fl. so findet keine Compensation der gegenseitigen

71) *L. 154. pr. D. de reg. iuris.*

seitigen Culpa selbst statt, sondern es kann nur in Absicht auf die gegenseitigen Forderungen, welche aus dieser Culpa entspringen, wenn ein Socius gegen den andern auf Schadensersatz klagt, die kleinere Summe des verursachten Schadens, auf die größere Summe abgerechnet werden. Derjenige Socius, welcher einen Schaden von 1000 fl. verursachte, bleibt also, nach Abrechnung des von dem Kläger verursachten Schadensbetrags, noch immer wegen des diese Summe übersteigenden Schadens verantwortlich [72].

b) Wenn bey Schließung eines Contracts beyde Theile einander betrogen haben, so kann keiner gegen den andern klagen.

L. 36. D. de dolo malo. Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.

L. 57. §. 3. D. de contrah. emt. — Dolo inter utramque partem compensando.

b) Wenn zwey Ehegatten sich gegenseitig eines Ehebruchs schuldig gemacht haben, so kann keiner gegen den andern auf die Ehescheidung klagen; eben so, wenn das Weib einen Ehebruch begieng, und der Mann ihr selbst dazu durch Verkuppelung Gelegenheit verschafte.

L. 39. D. Soluto matrim. Vero atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contemserunt, neuter vindicetur. *Paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.*

L. 47. D. eodem. Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur. Cur enim improbet

72) S. EISENBACH cit. Diss. §. 9.

probet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit?

Cap. 7. X. de adulter. Tua fraternitas requisivit a nobis, utrum, aliquo deneganti uxori suae, in adulterio deprehensae, debitum coniugale, si postmodum ipse cum alia perpetret adulterium manifeste, cogi debeat, ut eandem maritali affectione pertractet? Super quo taliter respondemus, quod, *cum paria crimina compensatione mutua deleantur*, vir huiusmodi fornicationis obtentu, suae uxoris nequit consortium declinare.

Auf gleiche Weise findet

d) bey wechselseitigen Injurien ein Compensation Statt, wenn sie der Art und Größe nach einander gleich sind [73]).

Sind hingegen die gegenseitigen Beleidigungen der Art nach ungleich, so werden sie an sich durch Abrechnung nicht aufgehoben, wenn sie auch dem Grade nach einander gleich seyn sollten, sondern ein jeder muß dem andern die der Beleidigung angemessene Genugthuung leisten. Daher kann kein Dolus mit einer bloßen Culpa, keine Injurie mit einem Diebstahl, keine Real- mit einer Verbalinjurie compensirt werden. Zwar kann auch bey gegenseitigen Beleidigungen verschiedener Art in Ansehung der daraus entspringenden Ansprüche auf Privatgenugthuung, insofern sie der Art nach gleich sind, wohl eine Compensation Statt finden; allein diese geschieht denn doch nur bis auf die concurrente Summe; dahingegen, wenn Delict mit Delict

73) *L. 52. §. 1. D. ad Leg. Aquil.* S. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LVII, §. 7. und Tittmanns Handbuch des deutsch. Peinl. Rechts. 1. Th. §. 177.

Delict compensirt wird, aller gegenseitiger Anspruch wegfällt [74]).

§. 930.

Gleichartigkeit der gegenseitigen Forderungen.

Die gegenseitigen Forderungen, welche gegen einander abgerechnet werden sollen, müssen II. **generische Forderungen von gleicher Art** seyn, welche in **fungiblen Sachen** bestehen [75]). Denn diese sind ihrer Natur nach so beschaffen, daß eine der andern substituirt werden kann, und von denen Ulpian [76]) sagt, quod in genere suo functionem recipiant per solutionem. Also Geld gegen Geld, Getraide gegen Getraide, Wein gegen Wein von gleicher Art und Güte [77]). Eine Species hingegen, selbst wenn sie an sich eine fungible Sache ist, kann weder mit einer andern Species, noch mit einer Gattung oder Quantität compensirt werden [78]). **Emund Meril**-

74) S. EISENBACH Diss. cit. de compensatione circa maleficia §. 9. pag. 21. §. 13. pag. 35. §. 19. §. 20. pag. 54. §. 22. et §. 24.

75) *L. 4. L. 8. L. 11. Cod. h. t.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LVII. Th. 8.

76) *L. 2. §. 1. D. de reb. credit.*

77) *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

78) *L. 18. pr. D. de pignorat. act. L. 13. §. 2. D. de pignorib. L. 6. Cod. de rei vindicat. L. 31. §. 1. D. de reb. credit.* So wird z. B. das Geld, was als eine an einem bestimmten Orte vorhanden seyn sollende Baarschaft vermacht worden ist, in den Gesetzen, als eine Species angesehen, und soll auch rechtlich eben so behandelt werden. *L. 51. D. de legat. I.* Sed si certos summos, veluti *quos in arca habet*, legavit, non

Merillius [79]) will zwar behaupten, **Justinian** habe dies alles durch die *L. ult. Cod. h. t.* abgeändert. Vermöge dieser neuern Verordnung könne nun auch eine Species mit einer Quantität compensirt werden, weil Compensationen bey allen Klagen ohne Unterschied Statt haben sollen, sie seyen dingliche oder persönliche. Allein aus der Verordnung ist nicht zu ersehen, daß **Justinian** das ältere Recht habe verändern wollen, und es läßt sich auch eine solche Abänderung aus dem von **Merill** angeführten Grunde nicht folgern, wie schon **Püttmann** [80]) zur Genüge gezeigt hat. Ob nicht aber auch dann eine Compensation Statt finden könne, wenn die gegenseitigen Forderungen nicht sowohl in fungiblen Sachen bestehen, sondern vielmehr ein Genus zum Gegenstande haben, z. B. beyde Theile sind einander gegenseitig ein Pferd zu liefern schuldig, ist nicht ausser Zweifel. Die meisten Rechtsgelehrten [81]) stimmen indessen darin überein, daß die Compensa-

non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum continentur: neque permutationem recipiunt: et exemplo cuiuslibet corporis aestimanda sunt. Man vergleiche noch damit *L.* 30. §. 6. *D. eodem*, und *L.* 30. §. 4. *D. ad Leg. Falcid.* Zwar läugnet dennoch *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. daß das Geld auch in diesem Falle für eine solche Species zu halten sey, welche die Compensation ausschließe. Allein man man sehe VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 18. MAESTERTIUS Tr. de compensat. Qu. 19. FACHINAEUS Controv. iuris Lib. I. cap. 6. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. q.

79) Observation. Lib. IV. cap, 35.

80) Interpretation. et Observation. iur. Rom. cap. 32. Man sehe auch SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tr. II. Qu. 2.

81) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand P. I. Disp. XXXI. Th. I. pag. 318. *Henr.* ZOESIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 14. *Io.*

pensation wenigstens alsdann für zulässig zu halten sey, wenn beyden gegenseitigen Schuldnern, wie gewöhnlich, die Wahl zusteht. Voet hat sich hierüber am gründlichsten erklärt, wenn er sagt: Quantitatis debito simile, quantum ad compensationem attinet; *si idem genus utrimque sit debitum*, ita ut utrimque debitori competat electio, quam speciem et genere debito velit solvere; eo quod tunc quisque liberari potest solvendo eam speciem, quae ei per adversarium soluta est, nec aliam accipere compellitur, quam qua reddita vicissim ipse liberatur. Secus si vel ex uno latere vel utrimque creditoris electio esset, quam ex genere debito speciem persequatur; cum hoc casu verum non sit, unumquemque solutione illius speciei, quam ex genere debito consecutus est, vicissim defungi posse. Auf keinen Fall findet jedoch eine Compensation verschiedenartiger Gattungsforderungen Statt [82]), wohin aber doch keinesweges der Fall zu rechnen ist, wenn die Schuld des einen verzinslich, die Schuld des andern aber unverzinslich ist [83]); Getraide und Wein hingegen lassen sich nicht gegen

Io. VOET Comm. h. t. §. 18. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LVII. §. 8.

82) *L. 2 §. 1. D. de reb. credit. L. 13. §. 2. D. de pignorat. act.* S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum.* Lib. I. Tract. II. Qu. 4. et 5.

83) *L. 11. D. h. t.* Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a *Divo Severo*, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas. Der *Divus Severus*, dessen hier Ulpian gedenkt, ist nicht Alexander, wie Cujaz Lib. VIII. Observation. cap. 16. und *Dion.* GOTHOFREDUS meinen, sondern Septimius Severus,

gegen einander abrechnen. Eben so wenig gegenseitig schuldige Facta [84]). In zwey Fällen will jedoch Justinian auch dann keine Compensation eintreten lassen, wenn gleich die Forderungen an sich compensabel seyn sollten; nämlich 1) wenn mit der actio depositi geklagt wird. Hier kann sich der Depositar nie auf die Compensation berufen, es mag gegen ihn auf die Zurückgabe der deponirten Sache in Natur, oder auf die Vergütung des Werths derselben geklagt werden [85]). In Rücksicht des letztern Falles ist zwar Hellfeld anderer Meinung, allein die Gesetze machen keine Ausnahme. *L. ult. Cod. h. t.* sagt: excepta *actione depositi* secundum nostram constitutionem, *in qua nec compensationi locum esse disposuimus.* Eben so heißt es §. 30. *I. de Actionib.* Excepta sola *depositi actiono*, cui ali-

verus, unter dessen Sohne Caracalla Ulpian seine libros ad Edictum schrieb, Denn unter dem Kr. Alexander wurde Ulpian ermordet (DIO CASSIUS Lib. 80.) er konnte ihn also wohl nicht *Divus* nennen. S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LVII. Th. 6. und *Herm.* CANNEGIETER Observat. iur Rom. Lib. II. cap. 1. pag. 141.

84) Arg. *L.* 31. *D. de Solution.*

85) *Io.* VOET Comment. ad Pand h. t. §. 15. *Ev.* OTTO Commentar. et notae crit. ad Institut. ad §. 30. de Actionib. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *Pet.* BELLOJUS de compensat. (Tom. IV. *Thes. Meerman.* pag. 735.) *Pet. Adrian van der* BRANDE Diss. de religione in Deposito adhibenda. *Ultraj.* 1736. §. 5 sq. STRYK Us. mod. Pand. Lib. XVI. Tit. 2. §. 9. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 12. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 6. Band. Medit. 346. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. IX. not. q. und Thibaut Syst. des Pand. R. 2. Th. §. 1900. B.

aliquid *compensationis nomine* opponi, sane iniquum esse credimus: *ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.* Die Verordnung selbst, auf welche sich Justinian bezieht, ist, *L. 11. Cod. Depositi*, wo er sagt: Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur; *nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat*, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens; cum non sub hoc modo depositum acceperit, *ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrabatur.* Der Grund dieser Verordnung ist unstreitig die vorzügliche Treue, welche von einem Depositar billig erwartet, und mit Recht gefordert wird [86]. 2) Wenn wider denjenigen geklagt wird, der einen fremden Besitz rechtswidrig ergriff. Dieser kann die unverzügliche Zurückgabe der Sache durch keine Compensation von sich abwenden, seine Gegenforderung sey beschaffen, wie sie wolle. Justinian sagt *L. ult. §. 2. Cod. h. t.* Possessionem autem alienam

86) Justinian scheint jedoch hierin nichts Neues verordnet zu haben, wie auch schon CUJACIUS Lib. VIII. cap. 16. *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 11. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Quacunque* pag. 359. nicht ohne Grund, bemerkt haben. Denn schon PAULUS sagt Lib. II. Sententiar. Recept Tit. 12. §. ult. (in SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 282.) In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est. Man sehe auch *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. h. t. ad §. 30. I. de actionib. pag. 585. sq. und *Franc.* HOTOMANI Commentar. ad §. 30. I. de action. pag. 464.

nam perperam occupantibus compensatio non datur. Es tritt hier die bekannte Regel ein: *Spoliatus ante omnia est, restituendus.* Haben beyde Theile einander gegenseitig spoliirt, so kann zwar die exceptio spolii dem opponirt werden, welcher selbst gegen den Andern actione spolii klagt; allein eine Compensation findet deswegen nicht Statt, sondern die Wirkung der vorgeschützten Einrede besteht blos darin, daß der Beklagte sich auf die Klage nicht eher einzulassen schuldig ist, als wenn er zuvörderst von dem Kläger ist restituirt worden [87]).

§. 931.

Liquide und betagte Forderungen.

Die gegen einander abzurechnende Forderungen müssen ferner III. **liquid** seyn. **Justinian** sagt *L. ult.* §. 1. *Cod. h. t.* Ita tamen *compensationes* obiici iubemus, *si causa, ex qua compensatur, liquida sit*, et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Die Gegenforderung, welche durch die Einrede der Compensation geltend gemacht wird, ist aber denn für **liquid** zu halten, wenn die Thatsache, worauf sie sich gründet, von dem Gegner eingeräumt, oder sonst rechtlich erwiesen ist [88]). Ob sie indessen sogleich, und aus klaren Urkunden erweislich seyn müsse, oder ob es genug ist, wenn nur zu der Zeit, da der Richter

87) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Iur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 13. §. 5. nr. II. und EISENBACH Diss. de compensatione circa maleficia, praes. *Sixt. Iac.* KAPFF defens. §. 22. pag. 66. sq.

88) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 17.

ter darüber erkennt, die Thatsachen in den Acten als ausgemacht zu Tage liegen, so daß der Richter sie zum Grunde der Entscheidung legen kann, hängt theils von der gewählten Prozeßart, theils von der Art der Wirkung ab, die man durch die Compensation beabsichtiget. Man unterscheidet also folgende Fälle. Es wird entweder I. **im ordentlichen Prozeß** geklagt, und dann wird die Einrede der Compensation entweder 1) **gleich anfangs** vorgeschützt. Hier muß dieselbe nur dann sogleich liquid seyn, wenn sie als eine prozeßhindernde Einrede vorgeschützt wird, wodurch der Beklagte die Einlassung auf die Klage von sich abzulehnen sucht. Ausserdem muß der Beklagte zum Beweis seiner Einrede gelassen werden, wenn er auch in der Einlassung die ursprüngliche Richtigkeit der Forderung des Klägers zugegeben haben sollte. Dieß ist die Regel, welche bey allen peremtorischen Einreden gilt, die der Beklagte zur gehörigen Zeit angebracht hat [89]). Sie muß also auch bey der Einrede der Compensation gelten, da die Gesetze in Ansehung derselben keine Ausnahme gemacht haben. Diesem ist auch die oben angeführte Verordnung des Krs **Justinian** nicht entgegen, als welche offenbar nur den Fall betrift, da Jemand nicht gleich anfangs die Einrede der Compensation vorschützt, sondern von derselben erst nach geendigtem Verfahren, da die Sache bereits zum Urtheile, oder gar schon zur Execution gediehen ist, Gebrauch zu machen, und nur blos die Sache damit aufzuhalten sucht. Die Worte: *Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae*

89) *L. 9. Cod. de except. L. 1. Cod. de probat. L. 1. D. eod.*

quae iam pene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito, et moratoriis ambugibus spem condemnationis excludi, setzen dieses ausser allen Zweifel [90]). Es würde also ungerecht, und ganz der Absicht der Gesetze zuwider seyn, wenn der Richter unter dem Schilde der hier übel angewandten, sonst richtigen Regel: *illiquidi cum liquido nulla est compensatio* [91]), die Einrede der Compensation darum, weil sie nicht sogleich liquid gemacht werden konnte, verwerffen, und damit den Beklagten zum besondern Prozeß verweisen wollte [92]). Zur Beweisführung dieser Einrede kann sich denn auch der Beklagte der ordentlichen Beweismittel, und also auch der Eidesdelation [93]) bedienen. Es sind ihm auch die ordentlichen Fristen zu gestatten [94]). Nur der Fiskus hat das Vor-

90) Man vergleiche hier vorzüglich *Hug.* DONELLUS Commentar. ad L. ult. Cod. de compensat nr. 9. *Arn.* VINNIUS Selectar. juris Quaestion. Lib. I cap. 50. und *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observation ad Christin. Decision. Vol. I. Obs. 69.

91) *Io. Tob.* CARRACH Progr. de brocardico: illiquidi cum liquido nulla est compensatio. *Halae* 1738. *G. T.* SCHIRGES Diss. de eo, quod iustum est circa separationem debiti in litem deducti illiquidi a liquido. *Goett.* 1798.

92) S. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 2. Th. Bemerk. 69. Ad. Diet. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 6. S. 60—63. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 8. Band. Medit. 425. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 979. Not. 4.

93) S. *Christ.* THOMASIUS ad *Huberi* Praelection. in Pandect. h. t. §. 3.

94) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Const. 8. Definit. 13.

Vorrecht, daß, wenn ihm die Einrede der Compensation entgegengesetzt wird, dieselbe binnen zwey Monaten klar gemacht werden muß [95]). Wird hingegen 2) diese Einrede erst nach erfolgtem richterlichen Erkenntniß, um die Hülfsvollstreckung zu verhindern, vorgebracht, so findet sie anders nicht Statt, als wenn sie sogleich liquid gemacht werden kann. Eben dieses gilt nun auch II. in dem Falle, da executivisch aus einem klaren Schulddocument (instrumento guarentigiato) geklagt worden ist. Denn in solchen Prozeßarten, welche ein executivisches Verfahren zulassen, und eben darum auch als Ausnahmen von der Regel zu betrachten sind, hat der Richter freylich auf Einreden, die zur Zeit des abzufassenden Urtheils nicht schon liquid sind, gegen eine zugestandene, oder mit Erfolg nicht weiter abzuläugnende Forderung des Klägers keine Rücksicht zu nehmen [96]). Man erfordert auch hier nach dem Gerichtsgebrauche zum Beweis der vorgeschützten Einrede der Compensation eben so klare und guarentigiirte Urkunden, als zur Begründung der Executivklage selbst gebraucht werden müssen [97]). Endlich IV. müssen auch die gegenseitigen Schulden, wenn eine Compensation Statt finden soll, auf gleiche Art fällig und zahlbar seyn. Darum kann eine bedingte Forderung eben so wenig mit einer unbedingten, als eine schon jetzt exigible mit einer noch unbetagten compensirt werden, wofern nicht etwa die

95) *L. 46. §. 4. D. de iure fisci.* Qui compensationem opponit fisco; intra duos menses debitum sibi docere debet.

96) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß S. 303.

97) CARPZOV P. I. Const. 8. def. 14.

die Bedingung oder Zeitbestimmung blos zum Vortheil dessen, welcher die Einrede der Compensation vorschützt, beygefügt ist [98]). Verschieden davon ist der Fall, wenn die Forderung an sich zahlbar, und blos der Billigkeit wegen dem Schuldner eine Zahlungsfrist gesetzt ist. Eine solche Zahlungsfrist steht der Compensation nicht im Wege [99]). **Papinian** unterscheidet dieses genau, wenn er *L.* 16. §. 1. *D. h. t.* sagt: Cum intra diem ad iudicati executionem datum [100]) judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi iudicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis [1]).

§. 932.

Unter welchen Personen findet die Compensation Statt?

Die Compensation findet zwischen denen, die sich wechselseitig etwas schuldig sind, ohne Unterschied des Geschlechts, Alters und Standes Statt [2]). Man kann sie daher auch einer

98) *L.* 7. *pr. D. h.* t. Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 357. sq. und BOEHMERI Consultat. et Decis. Tom. II. P. I. Resp. 301. et 302.

99) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 17.

100) Siehe den 5. Th. dieses Commentars §. 450. S. 504. Not. *) und *Ger.* NOODT h. t. pag. 358.

1) Man vergleiche noch *L.* 7. *D. de re iudicata* und *L.* 2. *Cod. h. t.* auch *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 16. §. 1. D. h. t.

2) *L.* 2. *D. h. t.* *L.* 11. *Cod. eodem.* *L.* 3. *Cod. de contr. tutelae iudic.*

einer Stadt, ja dem Fiskus selbst entgegensetzen [3]). Denn der Fiskus hat hierin die Rechte der Privatpersonen [4]). Nur einem unter dem Fiskus stehenden Bureau darf man die Schulden anderer Bureaus oder des Fiskus nicht anrechnen, denn es würde daraus eine Confusion in den Rechnungen der verschiedenen Beamten und Cassen entstehen [5]). Hat man es aber mit dem Fiskus selbst, oder wie man jetzt sagt, mit der fürstlichen Kammer zu thun, so ist es beyden Theilen erlaubt, sich auf die Schulden und Forderungen irgend eines Bureau zu berufen [6]). Stationes enim omnes, sagt Pufendorf [7]) ganz richtig, fisco continentur, eoque deferuntur, vix aliter, quam rivuli in maiorem fluvium, vel flumina in mare defluunt. Es verdienen hier noch folgende Stellen des römischen Rechts ausgezeichnet zu werden.

L. 1. Cod. h. t. Et Senatus censuit, et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum

3) *L. 46. §. 5. D. de iure fisci.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 15. und *Io. Ge.* FICHTNER Disput. de compensatione fisci. *Altdorfii* 1702. §. 15. sqq.

4) *L. 12. pr. D. h. t.*

5) *L. 1. Cod. h. t. L. 3. Cod. eodem.*

6) *L. ult. D. h. t.* Iussit Imperator audiri adprobantem sibi a fisco deberi, quod ipse convenitur. Baudoza liefet hier besser: *in quod ipse conveniatur*, welches also soviel ist, als *id*, in quod etc. wie *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. II. pag. 1018. ad L. 46. §. 4. D. de iure fisci §. 1. diese Stelle erklärt. Man sehe auch Thibaut System des P. R. 2. Th. §. 1000.

7) Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 79. §. 3.

mum locum esse, *si eadem statio quid debeat* [8]), quae petit. Atque hoc iuris *propter confusionem diversorum*

8) In den *Basilicis Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 10. Constit. 25. pag. 579.* kommt zur Erläuterung dieser Stelle folgende Paraphrase vor. Ὁ δημόσιος ἐν διαφόροις ἐπαρχίαις ἔχει τοὺς προνοοῦντας τῶν διαφερόντων αὐτῷ πραγμάτων, καὶ λέγεται ἑκάστη φροντὶς στατίων. i. e. *Fiscus in diversis provinciis habet rerum suarum procuratores, et dicitur unaquaeque procuratio* STATIO. *Statio* hieß bey den Römern eigentlich ein solcher Ort, wo ein öffentlicher Beamter, besonders ein Procurator fisci, zur Einnahme der herrschaftlichen Gefälle angestellt war. Die kaiserlichen Rentbeamten wurden davon auch *Stationarii* genennt. *L. 5. Cod. de vectigalib.* Allein hier heißen *Stationes*, wie *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentat. ad L. 19. Cod. Theodos. de susceptorib. Tom. IV. pag. 584. sagt, was wir heut zu Tage *Bureaux de receptes* nennen. Man sehe auch *Iac.* CUJACIUS in Recitation. Solemn. ad L. 1. Cod. h. t. et ad L. 1. C. Ne fiscus rem, quam vend. evincat. In den Basiliken heißt es nun weiter: *Illud quoque disce*, nach der Uebersetzung des Fabrots, *fisco agenti opponi compensationem. Verum hoc ita procedit, si eadem statio quid debeat, quae petit: utputa si Catholicus Alexandrinus fiscale debitum petat, debitor autem dicat, sibi quid debere Catholicum Antiochenum: quoniam alia statio est, exceptionem non habet: separata enim est utriusque stationis ratio: et si compensationem admittamus, confunduntur procurationes et rationes Catholicorum.* Ich bemerke hierbey nur noch, daß die procuratores fisci, welche die herrschaftlichen Gefälle beytrieben, zum Unterschied derjenigen, die nur eine besondere Art derselben verwalteten, *Catholici* oder auch *Catholiciani* genennt wurden. *L. 9. §. ult. Cod. de bonis proscriptor.* S. CUJACIUS Recitat. ad L. 5. Cod. de iure fisci. und *Gottfr.* MASCOV Disp. de procuratore Caesaris. *Altorfii* 1724. §. 7.

officiorum tenaciter servandum est. Si quid autem tibi ex ea statione, cuius mentionem fecisti, deberi constiterit, quam primum recipies.

L. 3. *Cod. eodem.* In ea, quae Reipublicae te deberi fateris, compensari ea, quae invicem ab eadem tibi debentur, is, cuius de ea re notio est, iubebit, si neque *ex calendario*, neque *ex vectigalibus*, neque *olei publici pecunia*, neque *tributorum*, neque *alimentorum*, neque eius, *qui statutis sumtibus servit*, neque *fideicommissi* civitatis debitor sis.

L. 46. §. 5. *D. de iure fisci.* Ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est: excepta *causa tributoria stipendiorum*, item pretio *rei a fisco emtae*, et quod *ex causa annonaria* debetur.

Aus diesen Gesetzstellen erhellet zugleich, daß es Fälle giebt, wo dem Fiskus keine Compensation entgegengesetzt werden kann. Es gehören hierher folgende. 1) Wenn der Schuldner baar angeliehene Gelder an den Fiskus zu bezahlen hat. Dies ist der Sinn der Worte: *Si ex calendario Reipublicae debitor sit*, in der *L.* 3. *C. h. t.* wie auch aus den Basiliken [9]) erhellet, wo diese Worte so lauten: *εἰ μὴ ἄρα ὁ χρεωστῶν, ἢ ἀπὸ χρημάτων πολιτικῶν, τῶν δανειζομένων τοῖς δεομένοις χρεωστεῖ.* i. e. nisi ex pecunia civitatis, quae petentibus credi solet, debitor sit. Denn *Calendarium* hieß bey den Römern der codex foenebris pecuniae, worin die Namen der Schuldner verzeichnet waren, denen man Gelder auf Zinsen dargeliehen hatte. Dieses verzinßliche Ausleihen geschahe gewöhnlich am ersten eines Monats, (Calendae) und am ersten eines jeden

9) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 10. constitut. 27. pag. 580.

den Monats waren denn auch die Zinsen fällig, wie Joseph Averanius [10]), aus mehreren Stellen der Klassiker gezeigt hat. Dergleichen Calendarien hielten nicht nur Privatgläubiger, sondern auch Städte und der Fiskus, worüber eigene curatores calendarii gesetzt waren [11]). Daher wird denn auch metonymisch das Wort *Calendarium* für ein verzinslich ausgeliehenes Anlehn genommen [12]). Die Compensation fällt 2) weg, wenn Jemand Steuern, Zoll, und öffentliche Naturallieferungen [13]) oder Gelder, die zum Ankauf von Getraide für den Staat und zur Anschaffung anderer Bedürfnisse bestimmt sind, zu entrichten hat. Ausser der angeführten *L.* 3. *C. h. t.* und *L.* 46. §. 5. *D. de iure fisci* [14]) gehört noch hierher *L.* 20. *D. h. t.* wo **Papinian** sagt: Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum curatorem condemnatum, pecuniam iure compensationis retinere non placuit; quoniam ea non compensantur. d. h. Wer Geld vom Staat erhielt, um zur Zeit eines Feldzugs Proviant für die Armee zu kaufen, kann, wenn er deshalb zur Verantwor-

10) Interpretation. iuris Lib. II. cap. 28. nr. 5. S. auch den 9. Th. dieses Commentars §. 632. S. 178.

11) *L. 10. Cod. Theod. de curator. Calendar.* *L. 18. §. 2. D. de munerib. et honorib.* *L. 9. §. 7. D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.*

12) S. FICHTNER cit. Diss. §. 16.

13) Man pflegt jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn der Schuldner wegen solcher Naturallieferungen im Vorschuß ist. STRYK Us. mod. Pand h. t. §. 10. und *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 3.

14) Man sehe über diese *L.* 46. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus Tom. II. pag. 1020. sqq.

antwortung gezogen wird, nicht auf eine Forderung, die er an den Fiskus hat, abrechnen [15]). Das Wort *copiae* drückt also hier das aus, was man sonst annona militaris oder commeatus nennt, in welcher Bedeutung es öfters in den römischen Klassikern vorkommt, wie **Franz Duaren** [16]) gezeigt hat. Man nannte dergleichen curatores annonae, *σιτῶνας*, oder *frumentarios* [17]). Hatte hingegen ein solcher Curator das empfangene Geld zwar zweckmäßig verwendet, allein der Aedilis [18]), an welchen das erkaufte Getraide oder der Proviant zur Austheilung war abgeliefert worden, hatte weniger vertheilt, als er sollte, so konnte letzterer, wenn er deshalb zum Ersatz war verurtheilt worden, auf eine Gegenforderung an den Fiskus abrechnen, weil er hier nicht als debitor pecuniae frumentariae anzusehen war. Diesen Unterschied bemerkt **Papinian**, wennn er L. 17. *D. h. t.* sagt: Ideo condemnatus, *quod arctiorem annonam aedilitatis* [19]) *tempore praebuit*,

15) *L. 2. §. 4. D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.*

16) Disputation. anniversar. Lib. I. cap. 26. Man sehe auch *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. pag. 587. *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. et municipior. Cap. 10. §. 1. pag. 343. und *Io. Guil.* HOFFMANN Meletem. ad Pand. Disp. XV. §. 7.

17) *L. 18. §. 5. D. de munerib. et honorib.*

18) Die Aedilen, für welche die Austheilung des Getraides gehörte, waren nicht die curulischen, wie RAEVARDUS Varior. lib. III. cap. 17. und SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. 28. §. 35. irrig behaupten, sondern die Aediles municipales. S. *Ev.* OTTO de aedilibus coloniar. et municipior. Cap. 10. §. 6. et 7.

19) Statt *aedilitatis*, wie die Florentinischen Pandecten lesen, wollen andere lieber *edulitatis* lesen, und verstehen darunter eine

buit [20]), frumentariae pecuniae debitor non videbitur: et ideo compensationem habebit. Die Compensation gegen den Staat fällt ferner 3) weg, wenn man demselben Alimentengelder schuldig ist, die ihm zum Unterhalt seiner Armen und Hülfsbedürftigen vermacht worden sind [21]). Die Basiliken [22]) paraphrasiren hier so: *διατροφαὶ δέ εισίν, ὡς ἐὰν τις τελευτῶν, κατέλειψε πόλει τινὶ ληγάτον, πρὸς ἀποτροφὴν τῆς ἀχρήστου ἡλικίας.* i. e. *alimenta autem sunt*,

eine Austheilung eßbarer Waaren unter das Volk zur Zeit einer großen Theurung aus landesfürstlicher Freygebigkeit. S. DUARENUS a. a. O. So liefet auch Baudoza, und eben so unser Erlanger Codex. Dieser Leseart giebt auch FICHTNER in Diss. de compensatione fisci §. 21. den Vorzug. Allein die florentinische Leseart vertheidigen *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. II. cap. 23. et Lib. XVI. cap. 13. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. 17. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 16. *Ev.* OTTO cit. loc. §. 7. pag. 964. sq. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LVII. Th. 3. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 1025. §. 10. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. a. Diese Leseart bestätigen auch die *Basilica* Tom. III. pag. 578. wo es heißt: *ἐν τῷ ἀγοραγομεῖν.*

20) Was es heiße: wenn Papinian sagt, arctiorem annonam praebuit, erklärt *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. Cap. 10. §. 6. pag. 359. mit dem griechischen Scholiasten auf folgende Art; *quod, cum in magistratu esset.* (sc. Aedilis) *panes civiles, vel quidquid annonae nomine venit, erogarat parcius, vel iniusto pondere, aut pretium publica auctoritate constitutum excesserat.* POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. b. Pag. 448. hingegen sagt: *quod aliquid subduxit ex quantitate annonae, quae viritim populo praebenda erat.*

21) *L. 3. Cod. h. t.* Verb. neque alimentorum.

22) Tom. III. pag. 580.

sunt, puta si quis legatum reliquerit in alimenta infirmae aetatis. Zur Erläuterung kann auch eine Stelle in den Pandecten dienen, worauf sich in den Basiliken bezogen wird. *L.* 122. *pr. D. de legat. I.* wo Paulus sagt: Quod in alimenta infirmae aetatis (puta senioribus, vel pueris, puellisque) relictum fuerit, ad honorem civitatis pertinere respondetur. Viele [23]) wollen jedoch dieses nicht für ein Vorrecht des Staats halten; sondern setzen den Grund dieser Ausnahme vielmehr in einer Begünstigung derjenigen, um deren Willen die Alimente dem Staate vermacht worden sind. Sie stellen daher den allgemeinen Grundsatz auf, daß überhaupt kein Schuldner, welcher Alimente zu zahlen hat, diese zur Compensation bringen dürfe. Allein daß den Alimenten an sich dieses Vorrecht eingeräumt sey, läßt sich nicht erweisen. Es findet daher hier keine Ausdehnung statt. [24]). 4) Wenn der Schuldner etwas zahlen soll, was zu einem festgesetzten Zweck bestimmt ist, z. B. zu Besoldungen der Staatsdiener, oder zum Fonds und Erhaltung gewisser öffentlicher Anstalten, oder zur Bestreitung der Kosten gewisser öffentlicher festgesetzter Feierlichkeiten, wie Cujaz [25]) die Worte *eius*

23) CARPZOV P. I. Const. VIII. Definit. 9. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 36. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. VOET Comm. h. t. §. 16. FABER in Cod. definit. for. h. t. Defin. 7. und FICHTNER Diss. de compensat. fisci §. 23.

24) S. *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 7. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 1000.

25) Recitation. Solemn. in Cod. h. t. ad rubr. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. IX. not. l.

eius sc. pecuniae, *quae* (so ist statt *qui* zu lesen)[26]) *statutis sumtibus servit*, erklärt. Endlich 5) wenn er wegen eines Fideicommisses dem Staate verpflichtet ist. *L.* 3. *C. h. t.* sagt: neque *fideicommissi civitatis debitor sis*. Ein gleiches Vorrecht wird auch den Municipien eingeräumt[27]). Noch ist zu bemerken, daß auch derjenige, welcher dem Fiskus Kaufgelder schuldig ist, in Rücksicht derselben die Einrede der Compensation nicht vorschützen könne.

L. 7. *Cod. h. t.* Si ex venditione pretium venditori debetur: compensationis ratio opponitur. *Adversus fiscum enim solummodo emtores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur.*

Eben dieses bestätigt auch die oben angeführte Stelle **Hermogenians** *L.* 46. §. 5. *D. de iure fisci.* Man giebt hiervon insgemein den Grund an, weil fiskalische Güter gewöhnlich nur im Nothfall verkauft zu werden pflegen, wenn der Staat Geld braucht[28]). **Hellfeld** nimmt jedoch den Fall aus, wenn der Fiskus eine Sache verkauft, worauf der Käufer eine prioritätische Forderung hat, so daß er vor allen andern Gläubigern aus dem Kaufpreise seine Befriedigung erhalten muß. Allein diese Ausnahme betrift nicht den Fall, wenn eine fiskalische Sache verkauft wird, sondern wenn der Fiskus Sachen eines in Con-

26) Diese Leseart billigen auch **Russard** und **Charondas** in ihren Ausgaben des Codex ad L. 3. h. t. Eben so **Thibaut** a. a. O. Not. q. S. 386.

27) S. FICHTNER cit. Diss. §. 15.

28) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. in fin. FINESTRES Hermogenian. ad L. 46. §. 5. D. de iure fisci §. 8. pag. 1023. sq. und FICHTNER cit. Diss. §. 26.

Concurs gerathenen Schuldners, als Gläubiger, öffentlich verkauft, und reducirt sich auf die erst unten vorkommende Frage, in wiefern im Concurs der Gläubiger eine Compensation Statt finde?

§. 933.

In wiefern kann die Schuld eines Dritten in Abrechnung gebracht werden?

Es ist nun eine Regel, daß die aufzurechnenden Forderungen und Schulden gegenseitig zwischen denselben Personen Statt finden, und nicht einen Dritten angehen müssen[29]. Der Gläubiger ist daher nicht schuldig, sich von seinem Schuldner dasjenige auf seine Forderung anrechnen zu lassen, was er nicht diesem gegenseitig, sondern einem Dritten schuldig ist, wenn auch der dritte Gläubiger sich die Compensation gefallen lassen wollte. So lehrt Papinian *L.* 18. *D. h. t.* wenn er §. 1. sagt: Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo, debet: quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare. Eben so rescribirt Kr. Gordian *L.* 9. *Cod. eodem.* Eius, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. Ein Beyspiel giebt Papinian *L.* 16. *D. h. t.* Cum militi castrensium bonorum alius, caeterorum alius heres extitit, et debitor alteri heredum obligatus, vult compensare, quod ab alio debetur, non audietur. Wenn ein Soldat einen

29) BELLOJUS de compensationib. Tom. IV. *Thes. Meerman.* pag. 730. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. STRAUV Syntagm. iuris civ. Exercit. XXI. Th. 34.

nen Andern in seinem castrensischen Vermögen, einen Andern aber in seinen übrigen Gütern zum Erben eingesetzt hat, so sieht man eine solche Theilung bey Soldaten als zwey ganz verschiedene Erbschaften an [30]). Die in Rücksicht des castrensischen Vermögens contrahirten Schulden muß daher der darin eingesetzte Erbe, so wie die in Rücksicht des übrigen Vermögens der andere Erbe allein übernehmen. Wenn nun also derjenige, welcher dem castrensischen Erben schuldig ist, eine Forderung an das übrige Vermögen hätte, so kann er diese seinem Gläubiger nicht aufrechnen. Eben so kann auch der Vormund, wenn er für sich belangt wird, die Forderung seines Pupillen auf keine Weise zur Compensation bringen. Eben so wenig ist ihm aber auch die Anrechnung seiner eigenen Forderung erlaubt, wenn er Namens seines Mündels von dem Gläubiger desselben belangt wird. Es ist dieses nicht nur der Regel der oben angeführten Gesetze gemäß, sondern es tritt auch noch der Grund hinzu, daß der Vormund sich in dem ersten Falle zum Schuldner, und in dem andern zum Gläubiger des Pupillen aufdringen würde, welches die Gesetze nicht erlauben [31]). Hieraus folgt weiter, daß wenn der Vormund eine

30) *L. 17. §. 1. D. de testam. militis.* *Iulianus* ait, si quis alium *castrensium rerum*, alium *caeterarum* scripsisset, *quasi duorum hominum duas hereditates intelligi:* ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset; extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui caeterarum rerum heres scriptus esset. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Revertamur.* pag. 361.

31) *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. e. STRUV. Synt. iuris civ. Exercitat. XXI.

eine Forderung seines Mündels einklagt, der Schuldner des Pupillen nicht in Abrechnung bringen kann, was dieser an den Vormund persönlich zu fordern hat. Denn juristisch ist es eben so gut, als wenn der Pupill selbst klagte. Es bestätigt dieses auch **Paulus**, welcher *L.* 23. *D. h. t.* ganz bestimmt sagt: Id, quod *pupillorum nomine* debetur, si tutor petat, non posse compensationem obiici eius pecuniae, quam ipse tutor *suo nomine* adversario debet [32]). Ein Anders wäre, wenn der Pupill mehrere Vormünder hätte, unter welche die Vormundschaft vertheilt wäre. Hier kann ohne Zweifel der Schuldner des Mündels, wenn er von dem einen Vormund wegen einer Forderung des Pupillen belangt wird, das zur Compensation bringen, was derselbe wegen eines mit dem andern Vormund für den Pupillen geschlossenen Geschäfts zu fordern hat. Denn der Schuldner hat es hier nicht mit dem Vormund zu thun, der gegen ihn klagt, sondern mit dem Pupillen, in dessen Namen er klagt, und es ist hier eben so gut, als ob der Pupill den Schuldner selbst belangt hätte. Es gehören hierher die Worte **Papinians** *L.* 36. *D. de administr. tutor.* Inter. tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum ius compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur. Nam divisio tutelae, quae non iuris, sed

XXI. Th. 24. MÜLLER ad Eundem not. *i* und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 999. Anderer Meinung sind zwar VOET in Comm. h. t. §. 8. CARPZOV P. I. Const. VIII. Definit. 7. und **Hellfeld.** Allein man sehe EMMINGHAUS cit. loc. not. *f.* pag. 310.

32) S. *Iac.* CUJACIUS in Iulio Paulo ad h. L. und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Simile* pag. 362.

sed iurisdictionis est, modum administrationi facit, et inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

Ausnahmen von jener Regel giebt es nur dann, wenn man denjenigen für einen Dritten ansehen kann, welcher in die Stelle eines andern eintritt, und sein Recht und seine Verpflichtung von demselben herleitet [33]. So kann daher I) wegen juristischer Einheit der Person a) der Erbe nach dem Verhältniß seines Antheils die Forderungen des Erblassers compensiren, wenn sein Gläubiger dem Erblasser schuldig ist. Nach eben dem Verhältniß muß er sich aber auch anrechnen lassen, was sein Schuldner an den Erblasser zu fordern hat, wenn er gegen diesen eine eigene Forderung einklagt [34]; und dieß findet auch dann Statt, wenn der Erbe cum beneficio inventarii die Erbschaft angetreten hat. Denn er repräsentirt deswegen doch so gut den Erblasser, und tritt in dessen Rechte ein, als wenn er die Erbschaft pure angetreten hätte. Da der Erbe aber doch nun wegen jener Rechtswohlthat nicht weiter für die Schulden des Erblassers haften darf, als die Erbschaft zur Bezahlung derselben hinreicht; so versteht sich's, daß desselben Schuldner gegen ihn nur compensiren kann, so weit er, als Gläubiger des Erblassers, seine Bezahlung aus dem Nachlaß nach der

Beschaf-

33) *Nicol.* KOLLIGS (*Bodmann*) Diss. de debito tertii in compensationem deducendo. *Moguntiae* 1791. und ANKELMANNS oben Not. 44. S. 59. angeführte Dissertation.

34) *L. 25. §. 9 D. Famil. ercisc. L. 6. Cod eodem. L. 1. Cod. Si certum petat. L. ult. Cod. de contr. iud. tut.* MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXI. Th. 25. not. i.

Beschaffenheit desselben erhalten hätte [35]). Ist dieses vor der Hand noch ungewiß, so kann er nur dann auf das Ganze abrechnen, wenn er hinlängliche Caution leistet, daß er das Uebrige wieder zurückgeben wolle, was er weniger aus dem Nachlaß erhalten hätte [36]). So kann ferner b) demjenigen, welchem eine Forderung cedirt worden ist, wenn er actione cessa gegen den Schuldner klagt, nicht nur seine eigene Schuld, sondern auch die Gegenforderung des Schuldners an den Cedenten aufgerechnet werden, weil der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und mit ihm juristisch als eine Person angesehen wird [37]. Es gilt dieses nicht nur von solchen Schulden des Cedenten, welche bereits vor der Cession vorhanden waren, weil die Forderung natürlich nur, so weit sie durch die Gegenforderung des Schuldners noch nicht getilgt war, cedirt werden konnte [38]); sondern auch von den Schulden, die erst nach der Cession entstanden, ehe nämlich der debitor cessus Nachricht von der Abtretung erhielt, weil der Schuldner bis auf diesen Augenblick den Cedenten immer

35) S. *Ant.* FABRI Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 23. Definit. 9. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. MEVIUS Part. I. Decis. 121. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Const. VIII. Definit. 8. STRUV. Synt. iur. civ. Exercit. XXI. Th. 25. und KOLLIGS cit. Diss. §. 25.

36) Arg. *L. 5. §. ult. D. de tribut. act.* et *arg. L. 9. §. 1. D. h. t.*

37) S. *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolution Lib. I. Quaest. 13. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 6. KOLLIGS cit. Diss. §. 20 — 23. und ANKELMANN cit. Diss. §. 20. et 21.

38) *Io.* VOET Comment. h. t. §. 4. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LVII. Th. 5. und *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 11.

mer noch als seinen Gläubiger betrachten, und ihm Zahlung leisten, mithin auch compensiren konnte [39]). Ob übrigens die Cession aus freyen Willen, oder aus rechtlicher Nothwendigkeit, ob sie aus einem lucrativen oder onerösen Titel geschahe, macht in der Sache keinen Unterschied [40]), so wie es denn auch gleichviel ist, ob der erste Cedent, oder der zweyte, oder der dritte demjenigen schuldig ist, welcher mit der actio cessa belangt wird. Man setze also, A habe eine Schuldforderung an den B dem C cedirt, dieser habe sie nachher dem D abgetreten. Hier kann der debitor cessus B wenn D die cedirte Forderung einklagt, demselben nicht nur das, was ihm A sondern auch was ihm C schuldig war, in Abrechnung bringen [41]). Denn der Grund bleibt immer der nämliche, weil eine Forderung nicht weiter cedirt werden kann, als in so weit sie noch nicht durch Gegenforderung getilgt war [42]). Wird umgekehrt der Cessionar belangt, so kann er dem Kläger nicht nur seine eigene Gegenforderung, sondern auch dasjenige, was dieser dem Cedenten schuldig war, abrechnen. Papinian sagt dieses auch ganz bestimmt *L.* 18. *pr. D. h. t.* In rem suam procurator datus, post litis contestatio-

39) *L.* 3. *Cod. de novat.* *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11. in fin. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 12. SCHULTING Thes. contr. Decad. LVII. Th. 5. in fin.

40) HUBER c. l. §. 11. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 5.

41) VOET Comment. h. t. §. 5. *Christph.* SCHREITER Diss. de compensatione cessionarii posterioris cum priori. *Lipsiae* 1710.

42) Arg. *L.* 76. *D. de solut.*

stationem si vice mutua conveniatur, *aequitate compensationis* utetur. Zur Erläuterung dieser Stelle bemerke ich nur noch Folgendes. Wenn Jemand dem Andern eine Forderung, oder ein persönliches Recht, welches durch eine Klage zu verfolgen ist, verkauft, oder schenkt, oder an Zahlungsstatt überläßt, so muß zu einer solchen Abtretung, nach der Subtilität des röm. Rechts, noch eine besondere Bevollmächtigung zur Anstellung der Klage Namens des Abtretenden hinzukommen. Diese nennt man dann eine Cession, der Cessionar aber wird hier *procurator in rem suam* genannt; obwohl es nach dem neuern Recht einer solchen Bevollmächtigung nicht mehr bedarf, sondern der Erwerber des Rechts actione utili in eigenem Namen klagen kann [44]. Nach dieser Stelle Papinians scheint es nun zwar, als ob ein procurator in rem suam erst nach der Litiscontestation compensiren könne. Dieses wollen auch mehrere Rechtsgelehrten [45] aus dem Grunde behaupten, weil der Procurator erst nach der Litiscontestation das Eigenthum des Gegenstandes des Rechtsstreits erwerbe, und bis dahin auch die Vollmacht noch immer wider-

43) *L. 3. §. 5. D. de in rem verso. L. 24. pr. D. de minorib. L. 8. in fin. D. mandati. L. 1. C. de novat. L. 4. C. de procurat.* S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 992. und Thibaut System des P. R. 1. Th. §. 75.

44) *L. 7. et 8. Cod. de heredit. vel act. vend.*

45) *Ant.* Conjectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 6. et Rational. in Pand. ad L. 18. D. h. t. *Io.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 18. *Hub.* GIPHANIUS Lectur. Altorphin. ad L. 55. D. de procurator. pag. 65. und *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

widerrufen werden könne [46]). Allein schon Cujaz [47]) verwarf diese Meinung mit Recht. Denn daß auch schon vor der Litiscontestation die abgetretene Sache wegen der dem Cessionar im eigenen Namen zustehenden actio utilis als Eigenthum desselben anzusehen sey, und daher keine Revocation Statt finde, lehrt Ulpian ausdrücklich, wenn er *L. 55. D. de procurator.* sagt: Procuratore in rem suam dato, praeferendus non est dominus procuratori in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam: *Qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit* [48]). Die Worte der *L. 18. h. t. post litis contestationem* sind auch nicht entgegen. Denn es ist daselbst von einem solchen Falle die Rede, wo der procurator in rem suam von dem debitor cessus erst nach der Litiscontestation durch eine Wiederklage war belangt worden, und also auch natürlich nicht eher compensiren konnte, wie auch schon Huber [49]) bemerkt hat. Auf keinen Fall kann jedoch ein procurator in rem alienam, wenn er wegen einer eigenen Schuld von seinem Gläubiger belangt wird, das in Abrechnung bringen, was dieser seinem Principal schul-

46) *L. 29. D. de procurator.*

47) Observation. Lib. XXIV. cap. 37. Ihm stimmen auch *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LVII. Th. 4. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XV. not. I. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXXI. Th. 10. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. h. pag. 311.

48) Man vergleiche noch *L. 1. 6. et 7. Cod. de obligat. et action. L. ult. Cod. Quando fiscus vel privatus* u. *L. 33. Cod. de donation.*

49) Cit. loc. §. 10.

schuldig ist. Es ist ihm dieses weder vor noch nach der Litiscontestation erlaubt [50]. Nur dann, wenn der Procurator, als solcher, Namens seines Gewaltgebers klagt, oder belangt wird, kann die Schuld oder Forderung des Principals zur Compensation gebracht werden [51]. Wegen Einheit der Person kann endlich auch c) der Vater, wenn er, als solcher, mit der actio de peculio belangt wird, die Gegenforderung seines Sohnes wegen des peculii profectitii, und umgekehrt der wegen dieses peculii belangte Sohn die Forderung des Vaters, jedoch nur gegen Caution, daß der Vater dieses genehmigen werde, compensiren. Hierher gehört folgender Ausspruch des Paulus *L.* 9. *D. h. t.* Si cum filiofamilias vel servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus: quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur. Sed si cum filiofamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur? Et magis est admittendum: *quia unus contractus est:* sed cum conditione, ut caveat, *patrem suum ratum habiturum*, id est, non exacturum, quod is compensaverit. Man setze also den Fall, ein Dritter habe mit einem Filiusfamilias in Rücksicht seines peculii profectitii einen Societätscontract geschlossen. Dieser Contract ist für den Vater eben so verbindlich, als derselbe dadurch

50) *L.* 9. *Cod. h. t.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 1. CUJACIUS Observation. Lib. XXIV. cap. 37. WISSENBACH ad Pand. Vol. I. Diss. XXXI. Th. 10.

51) *L.* 21. *D. h. t.* CUJACIUS Recitat. solemn. ad L. 9. Cod. h. t.

durch erwirbt. Der Vater ist also, wegen Einheit der Person, gleichfalls wie ein Socius zu betrachten; nur mit dem Unterschiede, daß der Sohn aus diesem Contract mit der actio pro socio auf das Ganze, der Vater aber mit der actio de peculio nur, so weit das Pekulium zureicht, belangt werden kann. Klagt jedoch der Vater, so kann der Socius das Ganze, was er an den Sohn zu fordern hat, dem Vater anrechnen; eben so kann aber auch der Sohn die Forderung seines Vaters compensiren, wenn der Socius gegen ihn aus dem Contract auf das Ganze klagt [52]. II) **Wegen Einheit der Verbindlichkeit** kann a) der Bürge die Forderung des Hauptschuldners zur Compensation bringen, wenn er aus der Bürgschaft belangt wird [53]. Denn der Bürge kann nicht zu mehr verpflichtet seyn, als der Hauptschuldner selbst schuldig ist; soweit daher die Klage durch Compensation gegen den Hauptschuldner selbst erloschen ist, findet sie auch gegen den Bürgen nicht mehr Statt, wie Paulus *L. 4. D. h. t.* lehrt: Verum est, quod et NERATIO placebat, et POMPONIUS ait, *ipso iure* eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et *fideiussor non tenetur ipso*

G 2 *iure*

52) S. CUJACIUS Recitat. solemn. ad L. 9. Cod. h. t. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 9. §. 1. D. h. t. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Quod dixi.* pag. 360. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVIII. not. b.

53) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. *Ger.* NOODT Comm. h. t. §. *Sive haec.* pag. 362. MEVIUS P. II. Decis. 216. et 217. und PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 74.

iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest. Dahingegen kann der Schuldner, wenn er selbst belangt wird, dem Gläubiger nicht anrechnen, was dieser dem Bürgen schuldig ist [54]). Denn wenn gleich die Schuld des Bürgen mit der des Hauptschuldners die nämliche ist, so ist doch eine Forderung des Bürgen eben so wenig auch Forderung des Schuldners, als der Schuldner für die Schulden des Bürgen haftet. b) Auch einem Socius ist die Compensation erlaubt, wenn sein Mitgesellschafter, als solcher, eine Gegenforderung hat, und beyde sich correaliter verpflichtet haben [55]). Ausser diesem Socialverhältniß kann kein correus das compensiren, was der Gläubiger dem andern correus schuldig ist, wie Papinian L. 10 D. *de duobus reis* ausdrücklich sagt: Si duo rei promittendi *socii non sint*, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Eben so können c) Ehegatten compensiren, welche in der Gütergemeinschaft leben [56]), denn ausserdem kann der Ehemann seinem Gläubiger nicht anrechnen, was dieser seiner Frau schuldig ist, wenn ihm nicht etwa die Forderung seiner Frau zum Heyrathsgut ist zugebracht worden [57]).

§. 934.

54) S. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 9. und KOLLIGS Diss. cit. §. 27.

55) CUJACIUS Recitat. solemn. ad L. 9. Cod. h. t. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. und KOLLIGS cit. Diss. §. 9. et 10.

56) VOET Comm. h. t. §. 10. KOLLIGS cit. Diss. §. 11. THIBAUT System der P. R. 2 B. §. 999.

57) *Ant.* FABER in Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 23. Def. 16. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. LEYSER Meditat.

§. 934.

Wirkung der Compensation. Findet die Compensation auch im Concurs der Gläubiger Statt?

In Absicht auf die Wirkung der Compensation war ehemals der Unterschied merkwürdig, den man zwischen actiones bonae fidei und stricti iuris machte. Nur Klagen der erstern Art wurden durch Compensation ipso iure aufgehoben. Den letztern hingegen konnte anfangs gar keine Compensation entgegengesetzt werden. Erst durch eine Verordnung des Kaisers **Marcus** wurde dem Beklagten die exceptio doli gestattet. Diese muste aber gleich anfangs bey der Litiscontestation vorgeschützt werden, damit sie der Prätor der formula judicii mit anhängen konnte. War sie da nicht opponirt, so fand sie nachher nicht weiter statt. Allein bey Klagen, die bonae fidei waren, konnte die Compensation auch noch nach der Litiscontestation beym Judex Pedaneus vorgeschützt werden [58]). Nachher wurde durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten der Grundsatz geltend, daß die Compensation immer ipso iure geschehe [59]). Dieses

Recht

ditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXXIV. med. 4. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 367. u. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. VIII. §. 1. pag. 703.

58) *L. 38. L. 58. D. de petit. hered.* S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. VIII. cap. 16. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Expensis* pag. 360. und *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 30. Instit. de actionib.

59) *L. 21. D. h. t.* Posteaquam placuit inter omnes, *id quod invicem debetur, ipso iure compensari.* etc. Man sehe auch *L. 4. D. eodem.* und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LVII. Th. 9.

Recht wurde auch durch eine Verordnung des Kaisers Alexander Severus [60]) bestätigt. Allein es scheint doch noch ein Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen geblieben zu seyn. Denn nur den erstern, nicht aber den letztern konnte eine Compensation entgegengesetzt werden [61]). Erst Justinian hob allen Unterschied der Klagen in Absicht auf die Compensation auf, wie er selbst dieß alles im §. 30. *I. de action* sagt, wo es heißt: In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti iuris iudiciis, ex rescripto *D. Marci*, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed *nostra constitutio* [62]) easdem compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, *ut actiones ipso iure minuant*, *sive in rem*, *sive in personam*, sive alias quascunque; excepta sola depositi actione. Jetzt wird nun also durch Compensation jede Schuld, jeder Anspruch des Klägers, sammt Allem, was davon abhing, ipso iure aufgehoben, das heißt, in dem Augenblick, da gegenseitige compensable Forderungen zu existiren anfangen, erlöschen sie von selbst durch das Gesetz, ohne daß es hierzu einer besondern Vereinbarung

60) *L. 4. Cod. h. t.*

61) *L. 95. §. 8. D. de solut.* S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XV. Cap. 12. und *Franc.* BROEUS Exposition. in Iustin. Institution. ad §. 30. I. de actionib. nr. 5. pag. 785. sq.

62) *L. ult. Cod. h. t.*

rung und Erklärung der Partheyen oder einer Verfügung des Richters bedarf[63]. Hieraus folgt, daß wenn auch die Gegenforderung anfangs noch illiquid seyn sollte, dennoch die rechtliche Wirkung der Compensation nicht von der Liquidität, sondern von der zu beweisenden Existenz der in Abrechnung gebrachten Gegenforderung abhängt. Wenn daher in der Folge die Wahrheit derselben bewiesen worden, so muß die Wirkung der Compensation nicht erst von der Zeit dieses Beweises angenommen werden; sondern es ist vielmehr durch diese Gegenforderung, so wie durch eine vorlängst geschehene, und jetzt nur erwiesene Bezahlung, die Schuld gleich anfangs, so wie die Gegenforderung entstand, entweder ganz, oder bis auf die concurrente Summe für getilgt zu halten[64]. Die Verordnung des Kaisers **Alexander Severus** *L.* 4. *Cod. h. t.* spricht hierüber so deutlich, daß man sich wundern muß, wie **Hellfeld**, und andere[65]) dennoch das Gegentheil haben behaupten können.

Si constat, pecuniam invicem deberi, *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore ex*

63) VOET Comm. h. t. §. 2. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum Lib. I. Tract. II. Qu. 5. *Io.* WUNDERLICH Diss. de re litigiosa non compensanda. *Ienae* 1756. §. 11.

64) S. *Fratr.* BECMANNORUM Consil et Decision P. I. Resp. VII. nr. 43. pag 143. et Consil. XXXIX. nr. 15. pag. 461.

65) Z. B. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Allein PUFENDORF in Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 178. hat ihn widerlegt. Man sehe auch Webers Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 6. S. 68. Not. 39. und Desselben Anmerkung zu Höpfners Commentar §. 980. Not. 2.

ex quo ab utraque parte debetur, utique *quoad concurrentes quantitates*, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

Daß dieses in Rücksicht der Zinsen einen nicht unbedeutenden Unterschied macht, bedarf kaum bemerkt zu werden. Denn durch Compensation wird eben so, wie durch Bezahlung, die Schuld ihrem ganzen Umfange nach getilgt. In dem Augenblick, da die compensable Gegenforderung entsteht, hört der Lauf der Zinsen auf [66]), die Bürgen werden frey [67]), die Hypotheken erlöschen [68]), und die Pfänder müssen zurückgegeben werden [69]), auch die Wirkungen des Verzugs werden dadurch aufgehoben [70]). Eben deswegen, weil die Compensation die Wirkung der Zahlung hat, steht auch sogar ein eidliches Versprechen, daß man zahlen wolle, der Compensation nicht entgegen, sofern nicht aus den Umständen ersichtlich ist, daß man dadurch der Compensation habe entsagen wollen [71]).

Dieß

66) *L. 11. et 12. D. h. t. L. 5. Cod. eodem. L. 7. Cod. de solution.*

67) *L. 4. D. h. t. L. 43. D. de solution.*

68) *L. 4. D. Qui potior. in pign. L. 43. D. de solutionib.*

69) *L. 12. Cod. h. t.*

70) *L. 17. §. 3. D. de Usur.* VOET h. t. §. 2. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 25. in fin.

71) *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de iuramento compensationem non excludente. *Halae 1717.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. Bd. Medit. 49. und H. L. Wehers Unter-

Dieß wäre der Fall, wenn der Schuldner durch seinen Eid baare Bezahlung in Gelde versprochen, oder die Gegenforderung des Schuldners zur Zeit der geschehenen Eidesleistung schon existirt hätte, und das Versprechen blos in der Absicht geschehen wäre, um die Compensation auszuschließen [72]). Im Zweifel wird jedoch eine Entsagung nicht vermuthet [73]).

Nach diesen Grundsätzen ist nun auch die Frage zu entscheiden, ob und in wiefern die Compensation im Concurs der Gläubiger zuläßig sey? Zur Erörterung dieser bestrittenen Rechtsfrage [74]) ist es nöthig einige Begriffe und allgemeine Grundsätze vom Concurse der Gläubiger vorauszuschicken. Unter Concurs der Gläubiger verstehe ich hier das gerichtliche Verfahren, welches zum Zweck

tersuchung der Frage, kann derjenige, welcher eine Schuld eidlich zu bezahlen verspricht, sich durch vorgeschützte Compensation von selbiger befreyen? Rostok 1793.

72) *Cap. 7. X. de iureiur.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 15. und EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. a. et b.

73) *Ant.* MERENDA Controvers. iuris Lib. I cap. 4. §. 3.

74) Man vergl. *Christ. Amand.* DORN Diss. de compensatione in concursu creditorum. *Kilon. 1754. Car. Frid.* WALCH Diss. de compensatione in concursu creditorum. *Ienae 1770. Christ. Car.* KANNE Diss. de compensatione et retentione in concursu creditorum locum habente. *Lipsiae 1779. Io.* LINDE Diss. de compensatione in concursu creditorum. *Giessae 1782. Car. Godof. de* WINCKLER Progr. eiusd. argum. *Lipsiae 1786.* und *Christph. Christ.* DABELOW ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. *Halle* 1801. 4. Kap. 26. S. 685—694.

Zweck hat, unter mehrere andringende Gläubiger eines Schuldners desselben unzureichende Vermögensmasse, nach Maasgabe des Vorzugsrechts eines jeden, gesetzmäßig zu vertheilen [75]). Concurs setzt also 1) eine Collision mehrerer Gläubiger, welche Ansprüche an der nämlichen Gütermasse gerichtlich verfolgen, und 2) Unzulänglichkeit des Vermögens eines Schuldners, um alle diese Gläubiger völlig zu befriedigen, voraus, und erfordert 3) wenn sich der Richter durch eine Untersuchung des activen Vermögensbestandes von der Unzulänglichkeit desselben hinlänglich überzeugt hat, einen Beschluß des Gerichts durch Eröfnung eines Decrets de aperiendo concursu, mit welchem dann der Concurs seinen Anfang nimmt [76]). Dem Schuldner wird hierdurch 4) alle Befugniß, über sein jetziges Vermögen auf eine den Gläubigern nachtheilige Art zu disponiren, entzogen, das Vermögen desselben unter gerichtliche Verwahrung genommen, und alles vorgekehrt, was zur Erhaltung und Verwaltung desselben nothwendig ist [77]). In Rücksicht dieses Concursvermögens kommen 5) die Gläubiger nunmehr in eine Art von Gemeinschaft, die Masse gehört ihnen an, und in Rücksicht derselben, und der darauf haftenden dinglichen Lasten, repräsentiren sie die Person des Gemeinschuldners activ und passiv, obwohl ihr getheiltes Interesse in Ansehung der Ordnung, nach welcher sie befriediget werden sollen, aus ihnen eben so viele streitende Theile macht,

75) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 4. B. Nr. LXXXII. §. 7.

76) Gönner a. a. O. §. 21. ff.

77) Gönner a. a. O. §. 25.

macht, als mit einander collidirende Ansprüche sie verfolgen [78]). Eine Folge dieser Gemeinschaft ist, daß, so lange der Richter nicht über die Richtigkeit und den Vorzug der von den Concursgläubigern liquidirten Forderungen entschieden hat, kein Gläubiger zum Nachtheil der übrigen seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners erhalten kann [79]), welches jedoch das Recht des bevorzugten Gläubigers, seine Bezahlung vorzugsweise zu fordern, nicht ausschließt [80]). Die Wichtigkeit dieser Wirkungen macht zur allgemeinen Bekanntwerdung jenes richterlichen Decrets, mit welchem sie eintreten, die Erlassung einer Edictalladung nothwendig [81]). Dieses vorausgeschickt, kommt es nun bey der Entscheidung der aufgeworffenen Frage darauf an, 1) ob die gegenseitigen Forderungen zwischen dem Schuldner und desselben Gläubiger schon vor Eröfnung des Concurses vorhanden waren, und dann waren entweder 1) beyde Forderungen auch schon vor dem Ausbruche des Concurses richtig und zahlbar. Hier findet ohne allen Zweifel die Einrede der Compensation statt, wenn derjenige, an welchen der Gemeinschuldner eine Forderung hatte, von dem Curator bonorum auf die Bezahlung derselben belangt wird. Denn da Forderungen durch Compensation ipso jure erlöschen, so war auch die Forderung des Gemeinschuldners durch die Gegenforderung seines Schuldners

78) Gönner a. a. O. §. 26. DABELOW in der angef. Entwickelung S. 708. ff. KIND Quaestion. forens. Tom. II. cap. 5.

79) *L. 6. §. 7. D. Quae in fraudem creditor.* DABELOW a. a. O. S. 679. f.

80) Gönner a. a. O. §. 27.

81) Gönner a. a. O. §. 29.

ners schon vor entstandenem Concurse getilgt. So wenig also der die Compensation entgegensetzende Gläubiger schuldig war, seine Gegenforderung beym Concurs zu liquidiren, weil er keine Gegenforderung mehr hatte, eben so wenig ist auch jetzt der Curator bonorum berechtiget, aus einer schon vor dem Concurse erloschenen Forderung des Schuldners zu klagen [82]). Diese Compensation findet Statt, wenn auch derjenige, an welchen der Gemeinschuldner eine Forderung hatte, sich die in Abrechnung gebrachte Gegenforderung von einem andern Gläubiger des Schuldners hat cediren lassen, um sich der Ausflucht der Compensation im Concurse bedienen zu können, wenn nur die Cession noch vor entstandenem Concurse geschahe, und auch beyde Forderungen schon exigibel waren [83]). Es kann auch dem cedirenden Gläubiger der Vorwurf nicht gemacht werden, daß er in fraudem creditorum gehandelt habe, wenn etwa seine Forderung im Concurs ihnen nachgegangen, oder vielleicht ganz verlohren gegangen wäre. Denn durch eine solche Vigilanz, welche die Gesetze nicht mißbilligen, konnte er seine Lage allerdings verbessern [84]). 2) War hingegen nur die Forderung des Gemeinschuldners vor eröfnetem Concurse exigibel, die Gegenforderung des Gläubigers aber ist erst nach entstandenem Concurse zahlbar geworden; so findet die Compensation nicht Statt. Denn hier war die Forderung des

82) S. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 79. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4124.

83) Anderer Meinung ist zwar LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXIV. medit. 5. Allein man sehe DABELOV a. a. O. S. 688. ff.

84) *L. 24. in fin. D. Quae in fraud. creditor.*

des Schuldners beym Ausbruchs des Concurses durch die Gegenforderung des Gläubigers noch nicht getilgt, weil eine noch nicht betagte Forderung auf eine exigible nicht abgerechnet werden kann [85]). Die Forderung des Schuldners gehörte also zur Concursmasse, und konnte auch schon darum nicht mehr durch Compensation getilgt werden, weil Gegenrechnung eine Art von Zahlung ist, der Gemeinschuldner aber während des Concurses keine Zahlung mehr annehmen kann. Der Gläubiger muß also, das was er dem Gemeinschuldner schuldig ist, zur Concursmasse zahlen, seine Gegenforderung aber der Edictalcitation gemäß liquidiren. Hat er dieses nicht gethan, so wird er damit von der Concursmasse präcludirt, und darf sie also auch nachher nicht per modum exceptionis mehr geltend machen [86]). II. Sind die gegenseitigen Forderungen erst während des Concurses entstanden, so lassen sich folgende Fälle gedenken. a) Ich war zur Zeit des eröfneten Concurses Gläubiger des Cridars, habe auch meine Forderung der Edictalladung gemäß liquidirt, wurde aber während des Concurses Schuldner der Masse, z. B. ich habe ein zur Masse gehöriges Grundstück gepachtet, oder sub hasta erstanden. Hier kommt es darauf an, ob meine Forderung liquid, und mit einer unbezweifelten Priorität versehen ist, oder nicht. Nur in dem ersten Falle kann ich mich der Compensation bedienen, in dem letztern hingegen findet sie nicht Statt [87]). b) Ich war zur Zeit des eröfneten Concurses Schuld-

85) *L. 7. pr. D. h. t.*

86) Man sehe hier BOEHMER Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 302 und DABELOW a. a. O. S. 685. u. Not. w.

87) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 15. §. 4. not. 5. Zwar will LEYSER Specim. CLXXIII. medit. 4. schon ein wahrschein-

Schuldner des Gemeinschuldners, allein während des Concurses werde ich Gläubiger der Masse, z. B. ich habe zur Verwahrung der zur Masse gehörigen Sachen Zimmer in meinem Hause vermiethet, oder sonst zur Erhaltung der Concursmasse Dienste geleistet. Auch hier findet Compensation Statt, mutuum enim debitum et creditum adest inter easdem personas, massam nempe et me [88]).

§. 935.

Einrede der Compensation, deren Natur und Wirkung.

Wenn nun gleich das Erlöschen einer Schuldverbindlichkeit durch Compensation ipso iure geschieht, sobald gleichartige Forderungen einander gegenüber stehen; so muß doch derjenige Theil, welcher abrechnen kann, sich darauf berufen, wenn er den Anspruch des Klägers von sich abwenden will [89]). Es muß also die **Einrede der Compensation** vorgeschützt werden, welche der Richter da, wo er sich nicht von Amtswegen des Beklagten anneh-

scheinliches Vorzugsrecht für hinlänglich halten. Allein dann fehlt es ja offenbar noch an der Liquidität der Forderung. Man sehe vielmehr WALCH cit Diss. §. 5. **Christ. Gmelins** Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger. §. 31. und MÜLLER Observ. pract. ad *Leyserum*. Tom. II. Fasc. I. Obs. 365.

88) S. MALBLANC Princip. iuris Rom P. II. Sect. I. §. 520. pag. 395.

89) *L. 13. 15. L. 22. D. h. t. §. 39. I. de action.* MEVIUS P. VII. Decis. 52. et Decis. 242. not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

nehmen muß, nicht suppliren darf [90]). Wird diese Einrede nicht vorgeschützt, so lassen sich zwey Fälle gedenken. a) Der Beklagte bezahlte die Schuld aus Irrthum, weil er von der Compensabilität der Gegenforderung nicht unterrichtet war. Hier kann er das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern [91]). b) Der Beklagte, welcher die Einrede der Compensation vorschützen konnte, bediente sich derselben wissentlich nicht. Hier hat sich zwar der Beklagte der Compensation begeben, aber deswegen noch nicht dem Kläger die Gegenforderung erlassen, weil es die Gesetze seiner Willkühr überlassen, ob er compensiren wolle, oder nicht, und im Zweifel nicht angenommen werden kann, daß er das Seinige habe verschenken wollen [92]). Wie aber, wenn Jemand mehrmahls unterlassen hätte, die Einrede der Compensation vorzuschützen, wo er sich derselben bedienen konnte? Hier behauptet **Hellfeld**, und mit ihm mehrere [93]), daß daraus die Vermuthung entspringe, man habe sich der Gegenforderung begeben. Allein als Regel läßt sich dieses nicht annehmen, wenn nicht noch andere Gründe hinzutreten, woraus eine solche Ab-

90) MEVIUS Part. IX. Decis. 154. nr. 4. et 5 und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig h. t. §. 7. Anderer Meinung ist jedoch **Strube** in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 43.

91) *L. 3. L. 10. §. 1. D. h. t. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

92) *L. 2. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de contrar. tut. act. L. 30. D. de condict. indeb. L. 25. pr. D. de probat.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

93) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXXIII. medit. 5. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 7.

Absicht rechtlich zu vermuthen ist [94]). Dieß wäre z. B. der Fall, wenn derjenige, welchem die Compensation hätte entgegengesetzt werden können, erklärt hätte, daß er die unterlassene Abrechnung für eine Begebung derselben annehme, hiernach die Rechnung abgeschlossen, und jener dazu geschwiegen hätte [95]); oder wenn von gleich nahen Verwandten die Rede ist, unter denen die Absicht zu schenken vermöge rechtlicher Vermuthung angenommen werden kann [96]). Einen solchen Fall hat Papinian *L. 26. D. de probat.* Procula [97]) magnae quantitatis fideicommissum, a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, *nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis saepe in rationem fratris pecu-*

94) S. Joh. Christ. Quistorps Abh. Ob von der unterlassenen Anregung der zuständigen Compensation auf deren Begebung ein gültiger Schluß zu machen sey? in desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. 16. S. 147. ff. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum.* Tom. II. Fasc. I. Obs. 366. *Ern. Lud.* SCHMERSAHL Diss. de remissione debiti praesumta ob compensationem omissam. *Helmst.* 1801. und Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 997.

95) S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1139.

96) *L. 11. Cod. de negot. gest. L. 10. Cod. de legat.* VOET. Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin.

97) In dem Erlang. Mspt. der Pandekten steht nach Procula das Wörtchen *cum*, welches die Kritiker im Text vermissen, und daher dieser Lücke auf mancherley Art abzuhelfen gesucht haben. S. Corn. van BYNKERSHOEK Observ. iuris Rom. Lib. VII. cap. 8.

pecunias ratio [98]) *Proculae solvisset:* DIVUS COMMODUS, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, *quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum* [99]).

Die Einrede der Compensation kann übrigens nach dem römischen Recht nicht nur vor, sondern auch nach der Litiscontestation, ja sogar noch nach erfolgtem rechtskräftigen Erkenntniß, selbst gegen die Execution vorgeschützt werden, wenn sie nur sofort liquid gemacht werden kann [100]).

Hat der Beklagte zwar die Einrede der Compensation vorgeschützt, aber nicht damit durchdringen können, sondern er ist dennoch zur Bezahlung der gegen ihn eingeklagten Schuld verurtheilt worden; so sind folgende Fälle zu unterscheiden. 1) Der Richter hat die Einrede als ungegründet verworfen. Hier fällt nun alle Compensation weg, und es findet deshalb auch keine weitere Klage statt, sofern das Urtheil einmal rechtskräftig geworden

98) Statt *ratio* lieset *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. et Observat. var. ad Pand. Diss. XX. §. 8. ACTOR.

99) Man sehe über diese Stelle *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. IV. cap. 20. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig Lib. XXII. Tit. 3.

100) L. 2. *Cod. h. t.* WESTENBERG Princip. iuris Rom. h. t. §. 22. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4125. Danz Grds. des ordentl. Prozesses §. 186. Heut zu Tage will man jedoch dieses Privilegium wegen des Jüngst. R. Absch. §. 37. nicht mehr gelten lassen. S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXIII. §. 11. S. 194. ff.

worden ist, und aus diesem sowohl, als den bisherigen Verhandlungen der Partheyen deutlich erhellet, daß über den Grund und die Rechtmäßigkeit der Gegenforderung erkannt worden ist [1]). 2) Der Richter hat blos darum auf die vorgeschützte Einrede der Compensation keine Rücksicht genommen, weil sie illiquid war, und es also noch an den Erfordernissen derselben fehlte. Hier ist es dem Beklagten unbenommen, sein Recht in Absicht auf die in Abrechnung gebrachte Gegenforderung in einen besondern Proceß klagend zu verfolgen, und er kann deshalb entweder diejenige Klage anstellen, welche aus der Gegenforderung entspringt, oder wenn die Gegenforderung aus einer natürlichen nicht klagbaren Verbindlichkeit herrühren sollte, mit der condictio indebiti oder sine causa sein Recht verfolgen [2]).

§. 936.

Retentionsrecht. Begriff und Eintheilungen.

Verschieden von der Compensation ist das Zurückhaltungsrecht, (ius retentionis) ob es wohl in manchem Betracht damit eine Aehnlichkeit hat [3]). Man versteht

1) *L.* 7. §. 1. *D. h. t. L.* 1. §. 4. *D. de contr. tut. et util. act. L.* 8. §. 2. *D. de negot. gest.*

2) *L.* 10. §. 1. *D. h. t.* S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 19. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 178. Webers Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden 1. St. Nr. VI. S. 66. und Desselben systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 97. und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 997. a. E.

3) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Anton. *Fabrum* Lib. I. Tract. 1. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disp. de retentione. *Tüb.* 1660. *Phil.*

steht darunter dasjenige Recht, vermöge dessen man eine dem Andern schuldige Sache, die man aus einer rechtmäßigen Ursache besitzt, einer habenden Forderung wegen, so lange eigenmächtig in seinem Besitz behalten darf, bis man wegen dieser Forderung befriediget worden ist. Ein Retentionsrecht ist also 1) ohne den Besitz der Sache nicht denkbar [4]). Der Besitz braucht zwar kein juristischer zu seyn, er muß aber doch 2) rechtmäßig erworben seyn [5]). Daß aber 3) die Sache, an welcher dieses Recht ausgeübt wird, immer eine fremde Sache sey, ist kein wesentliches Erforderniß, wenn es gleich der gewöhnliche Fall ist. Man kann auch an seiner eigenen Sache ein Retentionsrecht ausüben, wenn man sie vermöge Contracts einem Andern zu geben schuldig ist, in Ansehung derselben aber Etwas zu fordern hat. So z. B. kann der Verkäufer ein Retentionsrecht an der verkauften Sache exerciren, bis das Kaufgeld bezahlt ist [6]). Ist die Sache eine fremde Sache, so kann sie entweder

Phil. Iac. HEISLER Diss. de iure retentionis *Halae* 1751. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de iure retentionis eiusque effectu. *Goett.* 1773. (in *Elect. iuris civ.* Tom. II. Nr. 13.) *Ern. God.* SCHMID. Diss. de iis, quae ad exercendum ius retentionis necessaria sunt, praes. *Io. Lud.* SCHMID def. *Ienae* 1785. Faselius Versuch einer syst. Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte. 2. Aufl. Halle 1793. 8. und *Frid. Aug. Christ.* SCHNORR Diss. de iure retentionis eiusque caussis et effectu. *Lipsiae* 1808. 4.

4) *L. 1. pr. D. de pignorib.*

5) *L. 1. Cod. Unde vi. L. 25. D. de pignorib.*

6) *L. 13. §. 8. de action. emti vend. L. 22. D. de heredit. vel act. vend. L. 31. §. 8. D. de aedilit. Edict.*

dem Schuldner selbst, oder einem Dritten zugehören, wenn dieser z. B. dem Schuldner die Sache in der Absicht gegeben hat, um sie seinem Gläubiger zum Pfande zu geben [7]). 4) Das Wesen des Retentionsrechts besteht blos in dem Recht, eine Sache nicht eher aus meinem Besitz zu lassen, als bis ich wegen einer Schuld, deren sich entweder derjenige selbst, welcher die Sache von mir fordert, oder ein Dritter, wegen dessen Verbindlichkeit mir die Sache zur Sicherheit gegeben wurde, gegen mich zu entledigen hat, vollkommen befriediget worden bin. Dieses Recht kann ich eigenmächtig ausüben, ohne daß ein richterliches Dekret dazu erforderlich ist. Denn es kommt hier nicht auf Erwerbung, sondern nur auf Erhaltung und Behauptung des Besitzes an. Das Mittel, welches mir die Gesetze zur Ausübung dieses Rechts geben, ist die exceptio doli mali, mit welcher ich den Kläger zurückweisen kann, wenn er die Herausgabe der Sache von mir verlangt, ehe er mich befriediget hat [8]).

Es ergiebt sich hieraus, worin sich das Retentionsrecht von der Compensation unterscheidet. Abrechnung ist zwar immer mit einer Zurückhaltung desjenigen verbunden, was man sonst hätte bezahlen müssen. **Paulus** und **Papinian** sagen dieses selbst [9]). Daher werden auch zuweilen die Benennungen retentio und compensatio

7) *L. 5. §. 12. D. Commodati.*

8) *L. 14. §. 1. D. Communi divid. L. 21. D. ad SCt. Trebell. L. 23. §. 4. L. 27. §. 5. L. 48. D. de rei vindicat. L. 4. §. 9. L. 5. §. 1. L. 14. D. de doli mali except. L. 28. D. de pign. act.* S. BOEHMER cit. Diss. §. 16.

9) L. 4. L. 20. *D. h. t.*

tio in den Gesetzen [10]) mit einander verwechselt. Allein man kann doch nie sagen, daß jeder, welcher retinirt, auch compensire, wie Schifordegher [11]) sehr richtig bemerkt. Retention und Compensation sind sehr unterschieden [12]). 1) Durch Compensation wird, wie durch Zahlung, eine Schuld getilgt. Allein durch Retention nur Sicherheit wegen einer Forderung bezweckt. Daher sagen auch die Gesetze, die Retention diene statt eines Pfandes, (quasi pignoris loco est) [13]). Doch darf deswegen Pfandrecht und Retentionsrecht nicht mit einander vermischt werden [14]). 2) Wer compensiren konnte, solches aber aus einem Irrthum unterließ, kann das Gezahlte noch immer mit der condictione indebiti zurückfordern [15]); allein wer die Sache, welche er retiniren konnte, einmal aus seinem Besitz gelassen hat, dem steht kein Zu-

10) *L.* 7. §. 5. *D. Soluto matrim. L.* 5. *D. de dote praeleg. L.* 11. *C. depositi. L.* 1. *Cod. rer. amotar.*

11) *Ad Ant. Fabrum.* Lib. I. Tract. I. Qu. 1. et 2.

12) *Casp.* SCHIFORDEGHER cit. loco Qu. 5. et 6. hat diesen Unterschied sehr ausdrücklich erörtert.

13) *L.* 13. §. 8. *D. de act. Emti. L.* 22. *D. de heredit. vel act. vend. L* 31. §. 8. *D. de aedilit. Edicto. L.* 15. §. 2. *D. de furtis.* S. *Greg.* MAJANSIUS Disput. iuris civ. Tom. I. Disp. XXVIII. §. 6. pag. 428. KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 8.

14) Beydes wird nicht undeutlich in der *L.* 1. *C. Si aliena res pignori data sit*, unterschieden. S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 172. §. 1. und Westphals Pfandrecht §. 6. Not. 18. a.

15) *L.* 10. §. 1. *D. de compensat.*

Zurückforderungsrecht zu [16]). 3) Die Compensation geschieht ipso iure; allein die Retention mittelst der exceptio doli. Daher hat 4) die Compensation eine fortdauernde Wirkung, allein die Retention nur eine zeitige, welche aufhört, sobald der Gläubiger befriediget ist. 5) Die Retention erfordert den Besitz der Sache als wesentliche Bedingung, ohne welche dieselbe, durchaus nicht Statt finden kann [17]). Daß hingegen bey der Compensation der Besitz in keine Betrachtung kommt, erhellet daraus, weil der Bürge in Abrechnung bringen kann, was der Gläubiger dem Hauptschuldner schuldig ist [18]). Endlich 6) der Compensation kann Statt finden, wo keine Retention zuläßig ist, und umgekehrt. Denn so kann z. B. der Mann wegen geschehener Entwendung das Heyrathsgut der Frau nicht zurückhalten [19]), wohl aber kann deshalb eine Compensation Statt finden [20]). Ferner ein Retentionsrecht kann an allen

16) *L. 51. D. de condict. indeb.* *L. 30. D. eodem.* Eine Ausnahme enthält *L. 21. D. ad SCt. Trebell.* Heres, cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit. Similem eum *Aristo* ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt. Sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci.

17) L. 29. §. 1. *D. de eviction.* *L. 36. D. ad SCt. Trebell.* Et addi velim, sagt hierbey SCHIFORDEGHER c. l. Qu. 6. retinere posse unumquemque, *qui modo detineat*, licet non possideat eo possessionis genere, quod proprium est interdictorum, ut ULPIANUS loquitur in *L. 9. D. de rei vindicat.*

18) *L. 5. D. h. t.*

19) *L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act.*

20) *L. 6. Cod. h. t.* S. *Hug.* DONELLUS in Comment. ad h. L. Cod. nr. 5. SCHIFORDEGHER cit. loc. Qu. 2. pag. 3.

allen Sachen ausgeübt worden, welche eines Besitzes fähig sind, nur nicht bey unkörperlichen Sachen [21]). Es kann daher auch eine species retinirt werden, wenn gleich die Forderung des Gläubigers ein debitum generis ist [22]). Allein eine Compensation findet nur bey fungiblen Sachen von gleicher Gattung, aber nie bey individuellen Sachen Statt [23]).

Das Retentionsrecht ist nun von verschiedener Art. I. In Rücksicht des **Fundaments** ist es entweder a) in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze gegründet. Hier wird es ein **nothwendiges** oder **gesetzliches** (ius retentionis *necessarium* seu *legale*) genennt. Ein solches hat z. B. die Ehefrau wegen ihres Heyrathsguts [24]); desgleichen derjenige, welcher in gutem Glauben auf einen fremden Grund und Boden gebauet hat, wegen der verwendeten Baukosten, sofern er nämlich im Besitz ist [25]). Oder b) in dem Willen desjenigen, dessen Sache retinirt wird. — Ein **freywilliges Retentionsrecht** (ius retentionis *voluntarium*); und dieses gründet sich entweder in einem Vertrage, oder in einer letzten Willensverordnung. Jenes wird ein **conventionelles**, letzteres ein **testamentarisches** Retentionsrecht genennt. Beydes läßt sich nur aus dem Inhalte der Willenserklärung, wodurch es ertheilt worden ist, näher be-

21) *L. 36. Cod. ad SCt. Trebell.*

22) *L. 33. D. de condict. indeb.*

23) *L. 18. pr. D. de pign. act.*

24) *L. 29. Cod. de iure dot.*

25) §. 30. *I. de rer. divis.*

bestimmen, und kann nicht weiter ausgedehnt werden, als soweit es dem Gläubiger bewilliget worden ist [26]). Man theilt das Retentionsrecht auch II. in Rücksicht der Form ein in ein qualificirtes und einfaches, je nachdem es entweder mit einem andern dinglichen Rechte verbunden ist, oder nicht [27]). Jenes kann entweder mit einem Pfandrechte [28]), wie z. B. dasjenige, was der Vermiether an den Sachen des Miethmanns wegen der Miethzinsforderung ausübt [29]), oder mit einem Eigenthumsrechte, wie dasjenige, welches dem Verkäufer wegen noch nicht erhaltenen Kaufgeldes an der verkauften Sache zusteht [30]); oder mit einem Erbrechte verbunden seyn, wie das Retentionsrecht des Erben wegen der ihm gebührenden Falcidischen oder Trebellianischen Quarte [31]). Um dieser Eintheilung ein praktisches Interesse zu geben, sagt man gewöhnlich [32]), das qualificirte Retentionsrecht behalte seine Wirkung auch noch nach entstandenem Concurse [33]), und berechtige den Gläubiger, sich selbst aus der

26) S. Dabelow Handbuch des heutigen röm. deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 360.

27) S. BOEHMER Diss. de iure retentionis §. 17. SCHMID Diss. de iis, quae ad exerc. ius retentionis necessaria sunt. §. 4. MALBLANC Princ. iuris Rom. P. I. §. 196. not. a. in fin. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 311.

28) *L. 25. D. de pignor. et hypoth.*

29) *L. 4. D. In quib. caus. pignus.*

31) *L. 14. §. 1. L. 15. §. 1. L. 16. pr. L. 80. §. 1. L. 90. D. ad Leg. Falcid. L. 21. D. ad SCt. Trebell.*

32) S. BOEHMER cit. Diss. §. 19. et 21. MALBLANC cit. Princip. iur. Rom. §. 196. not. a. in fin.

33) *L. 15. §. 5. D. de re iudic.*

der Sache zu befriedigen [34]), so wie auch die Sache wieder zurück zu fordern, wenn er den Besitz derselben aus Irrthum aufgegeben haben sollte [35]), welches Alles sich bey dem einfachen Retentionsrechte anders verhalte. Allein theils sind diese Sätze nicht ausser Zweifel, wie zu seiner Zeit sich mit Mehrerem ergeben wird, theils nicht auf alle unter das qualificirte Retentionsrecht gezogenen Fälle anwendbar. Daher wird von mehreren heutigen Rechtsgelehrten [36]) diese Eintheilung nicht ohne Grund verworffen. Man glaubt vielmehr, daß sich das Retentionsrecht nach der Analogie vom usufructus, richtiger in ein materielles und formelles eintheilen lasse. Ersteres wird dasjenige genennt, welches aus dem Pfandrecht entspringt, und einen Bestandtheil desselben ausmacht, unter dem letzern aber wird dasjenige verstanden, welches aus dem Gesetz entspringt, und für sich besteht. Ersteres ist also eine Folge des Pfandrechts, so wie der usufructus materialis ein Theil des Eigenthums ist. Letzteres aber macht, wie der usufructus formalis, ein eigenes für sich bestehendes Recht aus.

Uebrigens führt das Retentionsrecht zwar die Verbindlichkeit mit sich, die zurückgehaltene Sache zu verwahren, solche nöthigen Falls zu verwalten, und auch darüber Rechnung abzulegen [37]); keinesweges aber folgt aus dem

34) *L. 4. L. 9. D. In quib. caus. pign. L. 29.* Cod. de iure dot.

35) *L. 21. D. ad SCt. Trebell.*

36) S. Dabelow Handbuch des röm. deutsch. Privatrechts 1. Th. §. 359. not. e. Gönner's Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Bd. Nr. LXXXII. §. 16. und SCHNORR Diss. cit. §. 4.

37) MEVIUS P. I. Decis. 172. LAUTERBACH Diss. de retentione. §. 31.

dem Retentionsrecht an sich das Recht, die retinirte Sache ausschließlich zu verwalten, wofern nicht der Schuldner solches dem Gläubiger eingeräumt hat, oder dasselbe aus der Natur des dinglichen Rechts herfließt, vermöge welchen das Retentionsrecht ausgeübt wird [38]). Aus der bloßen Befugniß, die Sache einstweilen in seinem Besitz zu behalten, welche das Retentionsrecht gewährt, läßt sich dieses so wenig herleiten, als die Befugniß, durch Veräusserung der Sache, oder ihren sonstigen Gebrauch, seine Befriedigung zu nehmen [39]). Soviel ist jedoch gewiß, daß das Recht sowohl auf die Erben desjenigen, dem es zusteht als auf jeden andern Successor, dem er seine Forderung abgetreten hat, übergeht, wie auch schon Voet [40]) ganz richtig bemerkt hat.

§. 937.

Erfordernisse des gesetzlichen Retentionsrecht.

Das gesetzliche Retentionsrecht erfordert nun, wenn es rechtmäßig ausgeübt werden soll,

I. das Daseyn eines Gesetzes, welches in dem vorkommenden Falle die Ausübung desselben erlaubt [41]). Denn die Retention ist unstreitig eine Art von Selbsthülfe

38) S. BOEHMER Diss. de iure retentionis. §. 18.

39) *Henr.* BROKES select. observat. for. Obs. 263. Dabelow angef. Handbuch 1. B. §. 364.

40) Commentar. ad Pand. h. t. §. 20. in fin.

41) S. HEISLER Diss. de iure retentionis §. 30. BOEHMER cit. Diss. §. 7. *Walter Vinc.* WIESE Diss. de retentione pignoris. *Rostochii* 1780. §. 5. not. c. SCHNORR Diss. de iure retentionis §. 8.

hülfe [42]). Im Staate kann aber Niemand, der eine Forderung an einen Andern zu haben glaubt, sein Recht gegen diesen anders, als unter richterlicher Auctorität, verfolgen, sofern nicht die Selbsthülfe besonders erlaubt ist. Bekannt ist das Decret des Kaisers **Marcus**, dessen Worte **Callistratus** *L. 13. D. Quod metus causa* anführt: Optimum eſt, ut ſi quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. — *Vis eſt et tunc, quoties quis id, quod deberi ſibi putat, non per iudicem repoſcit.* Gegen diese Verordnung streitet offenbar eigenmächtige Zurückhaltung einer dem Andern schuldigen Sache, welche mir nicht verpfändet worden ist. Sie kann daher anders nicht Statt finden, als in den Fällen, in welchen das Gesetz sie ausdrücklich erlaubt, und es findet hier keine ausdehnende Erklärung Statt [43]).

II. Die Forderung, um deren Willen das Retentionsrecht ausgeübt wird, muß an sich eine wahre, gesetzlich nicht reprobirte Forderung seyn, sie mag übrigens eine natürliche oder bürgerliche Verbindlichkeit zum

42) HEISLER cit. Diſſ. §. 28.

43) Anderer Meinung sind zwar SCHIFORDEGHER ad *Anton Fabrum* Lib. I. Tract. I. Qu. 3. et 4. und LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXV. Cor. 2. Letzter bezieht sich besonders auf *L. 12. D. de vi et vi armata.* Allein es ist in diesem Gesetz von einem Retentionsrecht mit keinem Worte, sondern davon die Rede, ob dem Verpächter gegen den Pächter wegen verweigerter Restitution des verpachteten Guths das Interdictum unde vi zustehe? S. HEISLER cit. Diſſ. §. 30. Not. 2. Man sehe noch *L. 25. §. 1. in fin. D. Soluto matrim. L. 5. Cod. in quib. cauſ. pign.* und *L. ult. C. Commodati.*

zum Grunde haben, wenn sie auch an sich nicht klagbar seyn sollte [44]). Ob die Forderung des retinirenden Gläubigers auch sofort liquid seyn müsse, hängt von der Natur der gewählten Proceßart ab. a) Wird er im ordentlichen Proceß auf Herausgabe der Sache belangt, so kann er das Retentionsrecht ausüben, wenn auch seine Forderung noch nicht liquid ist. b) Ist hingegen eine executive Proceßart gewählt, so kann er das Retentionsrecht nur dann ausüben, wenn seine Forderung sofort klar ist [45]). Es kann jedoch auch in dem ersten Falle der Kläger dadurch dem Retentionsrechte des Beklagten ein Ende machen, wenn er Caution leistet, den Beklagten wegen seiner Forderung auf den Fall befriedigen zu wollen, da er sie noch klar machen würde [46]). Die Caution kann durch Bürgen oder Pfand geleistet werden [47]). Da sie aber gerade mit der Sache selbst geleistet

44) *L. 16. §. 4. D. de fideiussor.* *L. 6. D. de compensat.* *L. 51. D. de cond. indeb.* S. *Iac.* CUJACIUS Observ. Lib. XVIII. cap. 10

45) S. Thibaut System des Pand. R. 1. B. §. 311. a. E.

46) *L. 5. D. de statuliber.* CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 25. def. 17. MEVIUS P. III. Decis. 368. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CLXXV. medit. 3. et 4. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 9. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 130. Das Gegentheil behaupten jedoch mehrere aus dem Grunde, weil es schwer sey, eine annehmliche Caution zu bestimmen, wenn die Größe der Forderung noch nicht constirt. S. *Ant.* FABER in Cod. Lib. II. Tit. 22. Def. 15. nr. 4. LAUTERBACH Diss. de retentione Th. 7. und SCHNORR cit. Diss. §. in fin. Dahingegen stellt VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 21. alles dem richterlichen Ermessen anheim.

47) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 15. Th. 4. not. 9.

stet werden müsse, deren Restitution verlangt wird, wie einige [48]) behaupten wollen, ist nicht erforderlich, auch ganz zweckwidrig.

III. Die Forderung, wegen deren man eine Sache zurückhalten will, muß mit der Sache selbst in Verbindung stehen (*debitum connexum*) [49]). Dahin gehört 1) wenn der Besitzer auf die Sache, oder in Beziehung auf dieselbe nothwendige oder nützliche Unkosten verwendet hat. Aus diesem Grunde der Version geben die Gesetze dem bonae fidei possessor die exceptio doli, wenn er vom Eigenthümer der Sache mit einer Realklage auf Restitution derselben belangt wird [50]). Aus diesem Grunde läßt sich auch das Retentionsrecht erklären, welches der magister navis an den geretteten Schiffsgütern ausüben kann [51]). Da jedoch hier alles von der Verordnung des Permissivgesetzes abhängt, so muß auch daraus beurtheilt werden, ob blos wegen eines nothwendigen, oder auch wegen eines nützlichen Aufwandes das Retentionsrecht gestattet wird. Denn so kann z. B. das Heyrathsgut der Frau nur wegen nothwendiger, nicht aber wegen blos nützlicher Ver-

48) STRYK Diss. de possessione per cautionem non auferenda. Cap. II. §. 15. SCHAUMBURG Compend. Dig. h. t. §. 9. SCHMID Diss. de iis. quae ad exerc. ius ret. nec. sunt §. 12.

49) BOEHMER cit. Diss. §. 9—13.

50) §. 30. *l. de rer. div.* L. 27. §. 5. L. 48. *D. de rei vindicat.* L. 7. §. 12. L. 9. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* L. 14. *D. de doli mali et met. except.*

51) *L. 2. pr. D. ad Leg. Rhod. de iactu* S. den 14. Th. dieses Commentars §. 889. und Thibaut Syst. des P. R. 1. Th. §. 311. der 3. Ausg.

Verwendungen zurück gehalten werden [52]). Aus dem Grunde der versio in rem kann auch der Gläubiger das Pfand retiniren, wenn gleich der Pfandcontract an sich nichtig ist [53]). Einem nützlichen Aufwande werden die Dienste gleichgeachtet, die Jemand in Ansehung einer Sache geleistet hat. So können z. B. Sachwalter die Privatacten und Documente ihrer Clienten, oder Constituenten, desgleichen Notarien die verfertigten Instrumente so lange zurückhalten, bis sie ihr Honorarium erhalten haben [54]). Eben so können Handwerker und Professionisten die Sache, an welcher sie Arbeiten verrichtet haben, bis zur Erlangung ihres verdienten Lohns inne behalten [55]). 2) Wenn die Forderung des Besitzers **aus eben dem Geschäft** entstand, aus welchem gegen ihn **auf Restitution der Sache** geklagt wird. Dies ist der Fall, wenn ich eine Forderung aus einem Contract oder Quasi-Contract durch eine actio contraria verfolgen kann. Hier bin ich berechtiget die Sache zu retiniren, wenn die Herausgabe derselben durch die actio directa von mir verlangt wird. So lehrt Cajus *L.* 18. §. *ult. D. Commodati*, wenn er sagt: Quod autem *contrario iudicio* consequi quisque potest, id etiam *recte iudicio*, quo cum eo

52) *L. un.* §. 5. *Cod. de rei uxor. act.* §. 37. *I. de action. L.* 5. *pr. D. de impens. in res. dot. fact.*

53) *L.* 1. *Cod. Si aliena res pign.*

54) *L.* 25. *in fin. D. de procurat.* LAUTERBACH Diss. de retentione Th. 21. SCHMID cit. Diss. §. 13. keineswegs aber ist es einem Beamten erlaubt, an Gerichtsacten ein Retentionsrecht auszuüben. S. CRAMER Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 305

55) **Faselius** vom Retentionsrecht. §. 16.

eo agitur, potest salvum haberi *iure pensationis*. Daß unter dem ius pensationis gar wohl das Retentionsrecht verstanden werden kann, hat schon **Wilhelm Fornerius**[56]) bemerkt. Man setze also, ich hätte ein fremdes Pfand, welches der Gläubiger verkaufen wollte, um es dem Schuldner zu erhalten, ohne Auftrag desselben eingelößt. Klagt hier der Schuldner gegen mich mit der actio negotiorum gestorum directa, auf Herausgabe desselben; so kann ich von ihm verlangen, daß er mir die gehabte Auslage wieder erstatte. Deshalb steht mir die actio negotiorum gestorum contraria zu. Da aber meine Forderung hier aus dem nämlichen Geschäft entspringt, aus dem mein Gegner die Herausgabe der Sache verlangt, so bin ich nun auch befugt, die Sache, bis zu meiner Befriedigung, zu retiniren[57]). Aus gleichem Grunde steht dem Commodatar[58]), dem Pfandgläubiger[59]), Vormunde[60]) u. s. w. ein Retentionsrecht zu. 3) Wenn die Schuld aus der Sache, welche retinirt wird, bezahlt werden muß, die Verbindlichkeit rühre nun aus einem Vertrage, oder aus einer von den Gesetzen anerkann-

ten

56) Selection. Lib. II. cap. 14. (in *Thes. Ottonian.* Tom. II. pap. 63.)

57) *L.* 1. *pr. D. Quib. mod. pign. vel. hypoth. solvit.*

58) *L.* 15. §. 2. *L.* 59. *D. de furt.* S. den 13. Th. dieses Commentars §. 857 S. 464.

59) *L. 8. pr. D. de pignor. act.*

60) *L. 1. §. 4. D. de contr. et utili tut. act. L. 3. Cod. de contr. iud. tut.* S. *Io.* WUNDERLICH Disq. de iure retentionis, quatenus tutori competat. *Ienae* 1758.

ten Billigkeit her. **Böhmer** [61]) erklärt hieraus das Retentionsrecht, welches der magister navis an den geretteten Schiffsgütern ausüben kann; weil die übrigen Schiffsinteressenten, die sich deshalb an den magistrum navis halten können, aus diesen Gütern wegen ihres durch den Seewurf erlittenen Verlusts ihre Befriedigung erhalten müssen. Allein vielleicht ließe sich dieses Recht aus dem oben angegebenen erstern Grunde richtiger erklären. Ein anderes Beyspiel nimmt er aus *L.* 26. §. 4. *D. de condict. indeb.* her. Es hat Jemand, der nur 100 Thlr. schuldig war, in der irrigen Meinung, als ob er 200 Thlr. schuldig wäre, dem Gläubiger ein Grundstück, welches 200 Thlr. werth ist, an Zahlungsstatt gegeben. Hier kann nach **Ulpians** Entscheidung das Grundstück ganz zurückgefordert werden, damit nicht der Schuldner in eine ihm ungelegene Gemeinschaft mit dem Gläubiger gerathe. Die Schuld ist nun aber auch dadurch nicht getilgt. Weil indessen das Grundstück an Zahlungsstatt gegeben war, so kann es der Gläubiger so lange zurück behalten, bis die Schuld bezahlt ist. **Ulpian** sagt: Condictio integrae rei manet, et obligatio incorrupta: *ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.* Allein es wird sich unten noch ein anderer mehr treffender Grund hiervon angeben lassen. Richtiger werden diejenigen Fälle hierher gerechnet, da der Gläubiger sich in dem rechtmäßigen Besitz einer ihm hypothekarisch verpfändeten Sache befindet. So kann z. B. der Vermiether eines Hauses an den Illaten seines Miethmanns, und die Ehefrau wegen ihres Eingebrachten an den Sachen des Mannes ein Retentionsrecht ausüben

61) Diss. cit. §. 11.

-üben [62]). 4) Wenn man durch eine fremde Sache einen vom Eigenthümer zu ersetzenden Schaden erlitten hat. Hier schützen uns die Gesetze so lange im Besitz der Sache, bis der Schade vollkommen ersetzt ist. Wenn z. B. des Nachbars Gebäude mir durch seinen Einsturz geschadet hat, so kann ich die auf meinen Grund gefallenen Materialien retiniren, bis mir der Schade ersetzt ist [63]). Eben so, wenn durch Gewalt des Windes und Wassers ein fremdes Schiff auf meinen Acker getrieben wird. Hier sagen es die Gesetze ausdrücklich, daß ich das Schiff retiniren könne, bis mir der durch dasselbe zugefügte Schade vergütet worden ist [64]). Unrichtig rechnet man auch hieher die nach teutschen Rechten erlaubten Pfändungen z. B. fremder Thiere, die uns auf unserm Grundstück Schaden zugefügt haben, wovon ich schon an einem andern Ort [65]) gehandelt habe. Denn zwischen diesem Pfändungs- und dem Retentionsrecht ist noch ein großer Unterschied. Jenes setzt den Besitz der zu retinirenden Sache so nothwendig voraus, daß es ohne denselben gar nicht denkbar ist. Letzteres aber dient dazu, um erst den Besitz zu erlangen, und wird also in Ermangelung des Be-

sitzes

62) *L. 4. et 9. In quib. caus. pignus. L. 29. Cod. de iure dotium.*

63) *L. 6. L. 7. §. 2. L. 9. pr. D. de damno infecto.*

64) *L. 9. §. 3. D. eodem. L. 8. D. de incendio ruin. naufrag.*

65) S. den 10. Th. dieses Commentars §. 697. Vergl. auch *Henr. God.* BAUER Exercitat. iur. civ. de pigneratione privata. *Lipsiae 1810.*

sitzes ausgeübt [66]). Daher gestattet auch das römische Recht durchaus keine Privatpfändungen [67]). Endlich 5) wenn man eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben soll, so kann man sie, bis diese erfolgt ist, zurückhalten. Z. B. die verkaufte Sache, so lange das Kaufgeld nicht bezahlt ist. Hierher gehört auch richtiger das oben bey Nr. 3. aus *L. 26. §. 4. D. de condict. indeb.* angeführte Beyspiel [68]).

Ist keiner von diesen Gründen der Connexität vorhanden, so findet das Retentionsrecht nicht Statt [69]). Nur bey dem Pfandinhaber machen die Gesetze eine Ausnahme [70]). Dieser ist bey einem gültig bestellten Conventional-

66) S. *Henr. Gottfr.* BAUER Observationes grammaticae atque historicae circa pignerationem privatam. *Lipsiae* 1810. P. II. §. 2. pag. 18. sq.

67) *L. 39. §. 1. D. ad Leg. Aquil.*

68) S. Thibaut System des Pandect. Rechts 1. Th. §. 311.

69) Anderer Meinung ist zwar *Iac. Frid.* LUDOVICI in Diss. de iure retentionis ex diversa etiam causa competente. *Halae* 1716. Allein dieser Meinung stehen *L. 5. D. de. dote praeleg. L. 5. Cod. In quib. causis pignus. L. 4. Cod. commodati. L. 11. Cod. depositi* offenbar entgegen. Man sehe BOEHMER Diss. de iure retentionis. §. 12. et 13. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXXV. medit. 5. SCHMID Diss. de iis, quae ad exercend. ius ret. necess sunt. §. 15. und MÜLLER Observ. pract. ad *Leyserum.* Tom. II. Fasc. I. Obs. 368.

70) *L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecun. pignus teneri posse.* — At si in possessione fueris constitutus: nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae *sine pignore* debetur, eam restituere *propter exceptionem doli mali* non cogeris.

tionalpfandrechte [71]) befugt, das Pfand auch wegen anderer nicht connexer Forderungen so lange zurück zu halten, bis alles übrige bezahlt ist; wenn gleich die eigentliche Pfandschuld schon ist abgetragen worden [72]). Dieses Retentionsrecht ist jedoch nur gegen den Schuldner und dessen Erben von Wirkung. Gegen einen Dritten, z. B. gegen einen nachgehenden hypothekarischen Gläubiger, wel-

cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, *cuius nomine ea pignora obligarunt*, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, *quam mutuam simpliciter acceperunt*. Man sehe über dieses Gesetz des Kr̈s Gordian *Iac.* CUJACIUS Recitat. solemn. in Cod. Lib. VIII. Tit. 26. *Hugo* DONELLUS Comm. ad eund. Tit. und *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. Tit. P. II. pag. 360.

71) S. *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de pignorib. et hypothecis Lib. III. cap. 5. nr. 7. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Principia de iure pignor. et hypothecar. §. 202. besonders *Walt. Vinc.* WIESE Diss. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa. *Rostochii* 1780. §. 30. et 31. und Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. X.

72) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 108. Anderer Meinung ist zwar WIESE cit. Diss. §. 13. Er unterscheidet mit COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XX. Tit. 1. Qu. 17. ob der Gläubiger die ihm angebotene Bezahlung der Pfandschuld angenommen habe, oder nicht. Im ersten Falle sey das Recht des Gläubigers an dem Pfande erloschen, und er könne daher auch wegen der übrigen noch rückständigen chirographarischen Forderungen kein Retentionsrecht weiter ausüben. Allein die zur Bestärkung dieses Unterschiedes angeführten *L.* 11. §. 3. *D. de pign. act.* und *L.* 3. *Cod. de luit. pign.* beweisen so wenig, als die *L. un. Cod. etiam ob chirograph. pecun.* ein Wort davon enthält. Siehe den 14. Th. §. 871. dieses Commentars.

cher sich des Eintretungsrechts bedienen will, findet es nicht Statt. Dieser braucht nur die Pfandschuld zu bezahlen, um das Recht und Pfand des abgefundenen Gläubigers zu erhalten [73]). Es kann ihm folglich auch die exceptio doli nicht entgegengesetzt werden. Wer nun außer jenem Falle, widerrechtlich vom Retentionsrechte Gebrauch macht, ist dem Schuldner zum Ersatz alles Schadens verpflichtet, welchen er ihm dadurch zugefügt hat [74]).

Ob übrigens das Retentionsrecht auch im Concurse der Gläubiger von Wirkung sey, wenn ein Gläubiger eine dem Schuldner eigen gehörige Sache in Händen hat, ist besonders in dem Falle eine sehr bestrittene Rechtsfrage, wenn ihm daran ein Pfandrecht zusteht? Denn daß das sogenannte einfache Retentionsrecht im Concurs aufhöre, bezweifelt Niemand. Nach dem röm. Rechte kann zwar jene Frage nicht aufgeworfen werden, weil der Concurs, welcher bey den Römern eigentlich mit der cessio bonorum oder mit der missio in bona debitoris seinen Anfang nahm, und die dadurch entstandene Gemeinschaft, nur die vorzugslosen chirographarischen Gläubiger anging, folglich bey demselben

73) *L. un. Cod. etiam ob chirogr.* Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. Von diesem Falle, da der besitzende Pfandgläubiger mit einem ihm nachstehenden Gläubiger, des Pfandes halber zu thun hat, der durch Ausbezahlung der Pfandschuld in die Stelle und Rechte des ersten treten will, ist ohne Zweifel auch die so sehr bestrittene *L. 4. Cod. de usuris* zu verstehen, wie Weber in den Versuchen über das Civilrecht S. 197—201. überzeugend dargethan hat.

74) BOEHMER Diss. de iure retentionis. §. 14.

ben kein Pfandgläubiger in diese Gemeinschaft der Creditoren zu treten verbunden war. Jeder von diesen Gläubigern verfolgte seine Hypothek für sich, und blieb, bis zu seiner völligen Befriedigung, in dem ruhigen Besitz des Pfandes. So lange also die Pfandgläubiger nicht befriediget waren, konnten die chirographarischen Gläubiger keine Immission in das Vermögen des Schuldners erhalten [75]). Allein gerade darin unterscheidet sich das heutige Concursverfahren von dem Römischen, daß es ein iudicium universale ist, dessen Charakter sich vorzüglich darin äussert, daß das gesammte Vermögen des Schuldners unter alle diejenigen, welche daran Ansprüche haben, vertheilt werden muß [76]). Dieser Geist der Allgemeinheit in Auseinandersetzung des verschuldeten Vermögens verpflichtet jeden durch die Edictalcitation aufgeforderten Gläubiger, wenn er aus der gegenwärtigen Concursmasse befriediget seyn will, seine Forderung beym Concurse zu liquidiren. So wie demnach heutzutage hypothekarische Gläubiger sich in den Concurs einlassen müssen, eben so erfordert es die Rechtsgleichheit, auch den Faustpfandgläubigern eine gleiche Verbindlichkeit aufzulegen, weil ein Faustpfandgläubiger nicht mehr Rechte, als ein hypothekarischer Gläubiger, haben kann. Die Natur des heutigen Concurses, als iudicium universale, bringt es daher mit sich, daß der Faustpfandgläubiger schuldig sey, das Pfand zur Concursmasse ab-

75) L. 10. *Cod. de rebus auctorit. iudicis possidend.* Dabelows ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 273. ff.

76) S. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 4 Band Nr. LXXXII. §. 5. ff.

abzuliefern, und seine Befriedigung in der gehörigen Ordnung aus dem Concurse zu erwarten [77]). So natürlich mir diese Ansicht zu seyn scheint, so sind doch viele Rechtsgelehrten anderer Meinung. Einige [78]) behaupten schlechterdings, daß durch den Concurs das Retentionsrecht des Pfandgläubigers nicht aufgehoben werde, mithin der Pfandinhaber, bevor ihm seine Forderung bezahlt worden, zur Herausgabe des Pfandes nicht angehalten werden könne. Andere [79]) hingegen glauben, daß der Pfandinhaber die Vor-

77) S. Claproths Einleitung in sämmtliche summarische Processe §. 319. Stepfs syst. Lehre vom Contradictor bey einem förmlichen Schuldenwesen. §. 88. ERXLEBEN de iure pignor. et hypoth. §. 204—210. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläub. S. 682. ff. Gönners Handb. des gem. Proz. IV. B. Nr. 82. §. 10. Danz Grundsätze der summar. Processe §. 160. nr. V. S. 252. Martins Lehrbuch des bürg. Processes §. 312. u. SCHNORR Diss. de iure retentionis. §. 16.

78) *Io. Flor.* RIVINUS Diss. de iure retentionis moto concursu. *Lipsiae* 1728. MEVIUS P. II. Decis. 15. et P. VII. Decis. 40. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 336. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. cit. de iure retentionis §. 19. besonders *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. Tom. II. Cap. 8. und Georg Happel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder besonders bey ausgebrochenem Concurse. 3. Absch. S. 74. ff.

79) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXXI. medit. 1. et 2. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXXVI. medit. 1. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 60. *Paul Wilhelm* SCHMID Diss. de iure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante. *Ienae* 1759. *Amand. Christ.* DORN Diss. de iure retentionis in concursu creditorum. *Kilon.* 1764. §. 22. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4127. nr. IV. Weber syst. Entwick. der Lehre von der

Vortheile des Retentionsrechts wenigstens so lange genieße, bis vorzüglichere Gläubiger sich gemeldet hätten, welche wegen eines stärkern Rechts auf die Herausgabe des Pfandes dringen könnten. Eher brauche er sich auch nicht in den Concurs einzulassen, und dann bringe er seine Forderung immer noch zur rechten Zeit in Anregung. Allein die Gründe, welche man zur Unterstützung der gegentheiligen Meinung aus dem römischen Recht [80]) hernimmt, sind wegen der Verschiedenheit des römischen Concursverfahrens von dem heutigen ganz unanwendbar. Man kann auch nicht schließen, weil der Gemeinschuldner das Pfand ohne Bezahlung der Schuld nicht zurückfordern konnte, so komme auch den Gläubigern diese Befugniß nicht zu. Denn repräsentiren auch die Gläubiger die Person des Gemeinschuldners in Rücksicht der Masse, und der darauf haftenden dinglichen Lasten, sowohl activ als passiv, so sind sie deswegen doch nicht als successores universales des Cridars anzusehen, welche, den Erben gleich, alle und jede Verbindlichkeiten desselben erfüllen müßten [81]). Die Gläubiger behalten unter sich immer ein getheiltes Interesse; indem daher manche von denselben als potiores in pignore, ihre eigenen besondern Vorzugsrechte an den zum Faustpfande gegebenen Sachen verfolgen, kann man wohl nicht sagen, daß sie als Repräsentanten der Concursmasse,

der natürl. Verbindlichkeit §. 109. und Thibaut Syst. des P. R. 3. Th. §. 1235.

80) *L. 15. §. 5. D. de re iudic.* *L. 4. Cod. de pignorib.*

81) Vortreflich ist dieser Satz ausgeführt in *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. II. cap. 5. Man sehe auch *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 94.

masse, das Pfand mit der actio pigneratitia abfordern. Man wendet zwar ein, daß in vielen Concursen gar keine Gläubiger vorkämen, die auf einen Vorzug Anspruch machen können. Allein auch dieser Einwurf hebt noch nicht die Regel auf, daß die in den Händen der Gläubiger sich befindenden Pfänder auch vor der Bezahlung zur Concursmasse abgeliefert werden müssen. Denn da diese Pfänder Eigenthum des Gemeinschuldners bleiben, so machen sie unstreitig einen Theil der Concursmasse aus, welcher das billig zu statten kommt, was nach bezahlter Schuld am Kaufpreise übrig bleibt. So lange also diese Faustpfänder noch nicht der Concursmasse einverleibt worden sind, kann man dieselbe noch nicht für vollständig berichtiget ansehen. Den Faustpfandgläubigern nach entstandenem Concurse das Recht einer abgesonderten Befriedigung zuzugestehen, würde auch schon darum widerrechtlich seyn, weil ja die Veräußerung des Vermögens bey einem Concurse unter gerichtlichem Ansehen zu vollziehen ist. Wo ist nun aber das Gesetz, welches die Faustpfandgläubiger von der Nothwendigkeit, das Pfand zum Zweck eines ordnungsmäßigen Verkaufs dem Gericht zu überliefern, freyspricht? Wie dadurch der Credit gestört werde, ist auch nicht abzusehen. Dem Gläubiger bleibt ja sein Pfandrecht an der Sache unbenommen, und er erhält auch seine Bezahlung aus dem Erlöß, sofern ihm nicht vorzüglichere Gläubiger vorgehen, und diese hätten ja auch außer dem Concurse das Pfand entwähren können.

Lib.

Lib. XVI. Tit. III.
Depositi vel contra.

§. 938.
Begriff, wesentliche und gesetzliche Bestimmungen des Hinterlegungscontracts.

Der Hinterlegungs-Contract, *depositum* [82]), *commendatum* [83]), ist derjenige Realcontract, wodurch Jemandem eine Sache zur Verwahrung ohne einen versprochenen Lohn übergeben, und solche von diesem auch in derselben Absicht mit der Verbindlichkeit zur Restitution übernommen wird. Ulpian nimmt jedoch das Wort *Depositum* für die hinterlegte Sache selbst, wenn er sagt *L.* 1. *D. h. t.* DEPOSITUM est, quod *custodiendum* alicui datum est.

82) Woher der Name *depositum* entstanden ist, zeigt *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 364.

83) *L.* 186. *D. de verbor. Signif.* Commendare nihil aliud est, quam *deponere.* Man sehe auch *L.* 24. *et L.* 26. *D. h. t. L.* 6. *L.* 9. *Cod. eodem.* S. *Hug.* DONELLUS Commentar. ad rubr. Tit. Cod. Depositi nr. 6. et 7. pag. 248. und *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Anteiust. pag. 280. not. 3. p. 282. not. 20.

84) Ueber diesen Titel sind zu bemerken *Franc.* DUARENI Commentar. ad hunc Tit. Pand. et Cod. in *Operib.* pag. 1005. *Vinc.* CAROCCII Tr. de deposito. *Colon.* 1604. 8. *Io. Henr.* BOECLER Diss. de deposito. *Argentor.* 1708. *Aug. de* BALTHASAR Diss. de favore depositi. *Gryph.* 1749. 4. *Casp.* ZIEGLER Diss.

est [84]). Gewöhnlich pflegt man zwar in dem Doctrinalbegriff noch hinzuzufügen, daß die Sache auf Verlangen zu jeder Zeit in Natur (in eadem specie) zurückgegeben werden solle [85]). Allein diese Bestimmungen sind nicht wesentlich, wie schon **Lauterbach** [86]) erinnert hat. Denn a) zuweilen kann die hinterlegte Sache erst zurückgefordert werden, wenn eine gewisse Bedingung eintritt, wie z. B. beym Sequestrum der Fall ist, da eine Sache zur Sicherung der Rechte einer Parthey auf einige Zeit in Verwahrung oder Aufsicht gegeben wird, wenn ausserdem Gefahr für die Sache zu befürchten ist. Proprie autem in *sequestre* est depositum, sagt **Paulus** *L. 6. D. h. t.* quod a pluribus in solidum *certa conditione* custodiendum reddendumque traditur. Die Bedingung ist hier gewöhnlich die, daß die Sache nach geendigtem Prozeß dem obsiegenden Theile ausgeliefert werden soll [87]). Doch kann das Sequestrum auch bey Sachen vorkommen, über welche kein Prozeß geführt wird [88]). Ein Beyspiel von einer Sequestration des Heyrathsgutes einer wahnsinnigen Ehefrau bis auf

Diss. de deposito. in EIUS *Disceptation select.* Nr. XVIII. pag. 658. und *Nic. Christph.* LYNKER Diss. de privilegiis depositi. *Ienae 1678.*

85) S. VOET Comm. h. t. §. 1. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 4. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 522. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1878. u. m.

86) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 1.

87) *L. 9. §. 3. D. de dolo malo L. 17. pr. D. h. t. L. 5. Cod. eodem. L. 110. D. de Verb. Signif.*

88) S. Hugo civilist. Magazin 1. Band S. 265.

auf den Fall ihrer Wiederherstellung oder ihres Todes, wenn der Ehemann dasselbe zu verschleudern anfängt, hat Ulpian *L.* 22. §. 8. *D. Soluto matrim* [89]). Es braucht auch b) nicht immer eben dieselbe Sache restituirt zu werden; zuweilen wird ausgemacht, daß nur tantundem zurückgegeben werden solle, und dennoch ist die actio depositi begründet, wie Papinian lehrt *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut *tantundem* redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque *iudicio depositi* condemnandus est [90]). Man unterscheide also bey dem Hinterlegungscontract die wesentlichen Bestimmungen von denen, welche zwar gewöhnlich und daher rechtlich zu vermuthen, aber doch nicht wesentlich sind, folglich durch Nebenverträge abgeändert werden können, (naturalia depositi).

I. Zu den wesentlichen Bestimmungen dieses Contracts gehören folgende. 1) Uebergabe einer Sache. Denn das Depositum ist ein Realcontract [91]). Daß die Uebergabe immer von dem selbst geschehe, dem die Sache gehört, ist nicht nöthig; sie kann auch mit dessen Einwilligung von einem Andern sogar durch eine fictio brevis manus

89) Mehrere Beyspiele enthalten *L.* 7. §. 2. *D. Qui satisdare cogant.* L. 39. *D. de solut.* L. 5. *Cod. h. t.* S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 16.

90) S. *Ger.* NOODT de pactis et transaction. Cap. 19. *Oper.* Tom. I. pag. 539. sqq. und CORN. *van* BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 5. pag. 300.

91) §. 3. §. *Quib. modis re contrah. obligatio.*

manus geschehen[92]). Ein Beyspiel führt Papinian *L.* 25. *pr. D. h. t.* an. Die sponsaliorum aut postea res oblatas puellae, quae sui iuris fuit, pater suscepit. Heres eius, ut exhibeat, recte convenietur etiam *actione depositi.* Eben so braucht auch die Uebergabe nicht immer dem Depositar selbst zu geschehen, sie kann auch auf seinen Befehl einem Dritten geschehen, der die Sache in seinem Namen verwahren soll. *L.* 1. §. 14. *D. h. t.* Idem POMPONIUS quaerit, si apud te volentem me deponere, iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri? Et ait, si *tuo nomine*, hoc est, quasi te custodituro, deposuissem, mihi, tecum *depositi* esse *actionem*: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo *depositi actio* est; nec *mandati* teneris, quia rem meam gessi. So lange hingegen die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, ist noch kein Depositum vorhanden, wenn auch gleich der Depositionsschein schon wäre ausgestellt worden. Paulus sagt *L.* 26. §. 2. *D. h. t.* Ex epistola obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. 2) Die Sache muß dem Andern zu dem Zweck übergeben seyn, daß er sie verwahre. Diesen wesentlichen Zweck des Contracts bezeichnen die Gesetze mit dem Worte *custodia rei*, worunter also hier die Sorge für die Erhaltung der Sache verstanden, und die Verbindlichkeit ausgedruckt wird, die Sache an einem sichern Ort niederzulegen, damit sie weder entwendet, noch beschädiget werde. Totum fidei eius commissum, quod *ad custodiam rei* pertinet, sagt Ulpian *L.* 1. *pr.*

92) C. ZIEGLER cit. Diss. §. 18. et 19.

pr. D. h. t. Zwar wird §. 19. oder nach andern §. 17. *I. de obligationib. quae ex delicto* gesagt: Sed is, apud quem res deposita est, *custodiam non praestat*, sed tantum in eo obnoxius est, *si quid ipse dolo malo fecerit*; allein die *custodia* welche hier dem dolus, und also auch der culpa lata entgegengesetzt wird, und welche der Depositar nicht prästiren soll, wird hier in einem andern Sinn genommen. Es wird nämlich durch diesen Ausdruck die Verbindlichkeit bezeichnet, die Sache mit der größtmöglichsten Sorgfalt zu bewahren [93]). Der Depositar soll also nicht für den Untergang oder das Abhandenkommen der Sache verantwortlich seyn, wenn dieser Schaden in keiner groben Nachläßigkeit, sondern nur in einem ganz geringen Versehen seinen Grund haben sollte. Daher heißt es in dieser Stelle, der Depositar habe auch die actio furti nicht, si res ei subrepta fuerit, *quia restituendae eius rei nomine depositi non tenetur, nec ob id eius interest, rem salvam esse* [94]). Denn wer die actio furti anstellen kann, ohne Eigenthümer der gestohlnen Sache zu seyn, muß, wenn sonst kein besonderer Grund vorhanden ist, die Verbindlichkeit haben, dieselbe mit der größtmöglichsten Sorgfalt zu bewahren [95]). Da also beym Depositum die Aufbe-

93) Theophilus sagt in seiner griechischen Paraphrase: *diligentiam non utique debet in re deposita.* S. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. und Schömans Lehre vom Schadensersatze 1. Th. S. 88. ff.

94) Man vergleiche hiermit L. 14. §. 3. *D. de furtis.*

95) L. 10. §. 1. *D. Commodati.* L. 14. §. 15. *D. de furtis.* L. 12. *pr. D. eodem.* L. 14. §. 10. *et* 7. *D. eodem.* S. von Löhr Theorie der Culpa §. 1[illegible] S. 74. ff.

bewahrung einer Sache den Hauptzweck des ganzen Contracts ausmacht, so muß auch die Sache zu diesem Zweck sofort übergeben werden. Wenn daher dem Andern eine Sache in der Absicht übergeben wird, daß er sie einem Dritten in Verwahrung geben, und wenn dieser sie nicht nehmen wolle, er sie selbst aufbewahren solle; so hat hier die actio depositi eben so wenig, als in dem Falle, statt, wenn ich Jemandem auftrage, sich eine Sache, welche ein Dritter schon in Verwahrung genommen hat, von ihm geben zu lassen, und sie selbst zu verwahren, sondern in beyden Fällen ist die actio mandati begründet; weil hier das Mandat der erste und Hauptcontract ist, welchem custodiae lex nur als ein Nebenvertrag ist beygefügt worden [96]). Hieher gehört *L.* 1. §. 12. *et* 13. *D. h. t.* Quod si rem tibi dedi, *ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires*, nec eam receperit: videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit? Et POMPONIUS dubitat. Puto tamen, *mandati esse actionem*: quia plenius fuit *mandatum, habens et custodiae legem.* — Idem POMPONIUS quaerit, si tibi mandavero, *ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias*, idque feceris, mandati, an depositi tenearis? Et magis probat, *mandati* esse *actionem*, quia hic est *primus contractus.* Es muß aber die Sache nicht blos zum Zweck der Aufbewahrung dem Andern übergeben, sondern auch dieselbe von diesem in keiner andern Absicht übernommen worden seyn, wenn das Geschäft als ein Depositum gelten soll. Nam si ego quasi *deponens* tibi

96) S. *Franc.* DUARENUS in Tit. Dig. de reb. credit. Cap. 2. pag. 879. in fin. et sq. *Ger.* NOODT Comm. ad h. Tit. pag. 364. §. *Est igitur* in fin.

tibi dedero, sagt Ulpian *L.* 18. §. 1. *D. de rebus credit.* tu quasi mutuam accipias: nec *depositum,* nec *mutuum* est: sed consumtis nummis *condictioni* sine doli exceptione locus erit. Durch diesen wesentlichen Zweck, welcher bey dem Hinterlegungs-Contract zur Bedingung gemacht wird, unterscheidet sich dieser Contract von andern, in welchen zwar auch die dem Andern gegebene Sache zu verwahren ist, diese custodia aber doch nur Nebenzweck des Contracts ist, wie z. B. beym Commodatum, dem Pfandcontract, auch dem Bevollmächtigungscontract, wenn z. B. dem Procurator die zur Führung des übertragenen Processes nöthigen Documente anvertrauet werden. Denn die Klage auf deren Zurückgabe ist nicht die actio depositi, sondern die *actio mandati* [97]). 3) Die Verwahrung der Sache muß ohne bedungenen Lohn geschehen. Wird ein Lohn versprochen, so ist das Geschäft ein Miethcontract, oder ein contractus innominatus, wenn für die Dienste, statt eines Lohns in Gelde, etwas Anders geleistet werden soll [98]). Die Zulässigkeit eines Honorariums ist jedoch dadurch nicht ausgeschlossen [99]). Endlich 4) der Depositar ist verbunden, die Sache dereinst zu restituiren. War nun die Sache, als

97) L. 8. *pr. D. Mandati.* Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et LABEO putat, *mandati eum teneri:* nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse *depositi:* uniuscuiusque enim contractus initium spectandum, et causam.

98) *L.* 1. §. 8. 9. *et* 10. *D. h. t. L.* 22. *D. de praescript. verb.*

99) *L.* 2. §. 24. *D. de vi bonorum raptor.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15.

als eine fungible, deponirt, so braucht nur, wie beym Darlehn, eine Sache von derselben Qualität und Quantität, als zur Verwahrung gegeben worden, von dem Depositar zurückgegeben werden; ausserdem muß die Restitution der deponirten Sache in Natur geschehen. Da jedoch auch in jenem Falle, wenn die Sache, als eine fungible, hinterlegt worden ist, dem Deponenten gleichviel gilt, ob er das deponirte Individuum, oder ein anderes von gleicher Qualität und Quantität zurückerhält, so kann man mit Wahrheit sagen, es werde auch da, wo tantundem zurückgegeben werden soll, idem, quod depositum fuit, restituirt [100]), und so erklärt sich denn, wenn Justinian sagt §. 3. *I. Quib. mod. re contrahitur oblig.* Et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, *quia et ipse, de ea re, quam accepit, restituenda tenetur.* Soviel hiernächst

II. die gesetzlichen und ausserwesentlichen Bestimmungen des Depositums (*naturalia depositi*) anbetrift, so gehören dahin folgende. 1) Die deponirte Sache muß in specie restituirt werden [1]). Denn 2) das Eigenthum der Sache bleibt bey dem Deponenten. Nicht einmal der Besitz im juristischen Sinn geht auf den Depositar über, außer wenn von einem Sequester die Rede ist, und zwar diesem der Besitz ausdrücklich übertragen wird; sonst ist auch nicht einmal der Sequester juristischer Besitzer, sondern er verwaltet bloß einen fremden Besitz, daher

100) S. Ger. NOODT de pactis et transact. Cap. 19. in *Operib.* Tom. I. pag. 540.

1) L. 1. §. 5. *D. de obligat. et actionib.* ZIEGLER Diss. de deposito. §. 36.

daher wird auch durch diesen Besitz die Usucapion nicht unterbrochen. Folgende Gesetzstellen sind hier besonders merkwürdig.

L. 17. §. 1. *D. h. t.* Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud *sequestrem* deposita est *)): *nam tum demum sequester possidet*; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

L. 39. *D. de acquir. vel amitt. possess.* Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. Nam si

2) Die Worte *deposita est*, gehen unstreitig auf possessio. So erklären *Io.* VOET Commentar. h. t. §. 12. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Consilium mihi fuit* pag. 365. diese Stelle richtiger, als Accursius, welcher sie so verstehen will: *nisi res apud sequestrem deposita est*: d. h. das Depositum gebe keinen Besitz, ausser wenn die Sache sequestrirt worden. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 1. in *Opp.* pag. 1006. hat diese Erklärung mit Recht verworfen, welcher jedoch das *deposita est* ohne Noth durch *omissa est* erklärt. S. von Savigny Recht des Besitzes §. 25. S. 285. Not. 2. Eben so unnöthig ist die Emendation des *Marq.* FREHER Parergor. seu Verisimil. Lib. I. cap. 7. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. I. pag. 870.) welcher lesen will: *Tum autem demum sequester possidet, cum id agitur* etc. S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LVIII. Th. 10. Zwar lieset auch POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. X. not. d. *cum id agitur.* Allein schon die genaue Uebereinstimmung der Basiliken Tom. II. Lib. XIII. Tit. 2. const. 17. §. 1. mit der Leseart unserer Pandecten verbietet jede Emendation. Man vergleiche noch *Elb.* LEONINUS Emendat. Lib. VII. cap. 1. *Io. Conr.* RÜCKER Observation. Cap. III. §. 6. *Iac.* VOORDA Elector. Cap. 15. und vorzüglich EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 19. not. y.

si omittendae possessionis causa, *et hoc aperte fuerit approbatum*: ad usucapionem possessio eius partibus non procederet. At si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.

3) Der Depositar darf die zur Bewahrung empfangene Sache ohne Wissen und Willen des Deponenten nicht gebrauchen, sonst begeht er ein furtum usus [3]). 4) Er steht in der Regel nur für den Dolus und culpa lata [4]).

§. 939.

Sachen, welche deponirt werden können.

Schon der Name des Niederlegungs- oder Hinlegungscontracts, so wie die vom Ulpian *L. 1. pr. D. h. t.* angegebene Etymologie des Worts *depositum*, dictum ex eo, *quod ponitur*, beweisen hinlänglich, daß nur bewegliche Sachen ein Gegenstand dieses Contracts seyn können. Trage ich also Jemandem die Aufsicht über mein Haus während meiner Abwesenheit auf, so ist dieses Geschäft zwar ein Mandatum, aber kein Depositum [5]). Man findet daher auch in den Gesetzen des römischen Rechts nicht ein einziges Beyspiel von dem Depositum einer unbeweglichen Sache. Huber [6]), Struv

3) §. 6. *I. de obligat. quae ex delicto nasc.*

4) §. 3. *I. Quib. mod. re contrah. obl.* *L.* 32. *D. h. t.*

5) S. *Car. Gottl.* WEIDLICH Diss. de custodia rei alienae immobilis non deposito, sed mandato. *Lipsiae* 1732.

6) Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 15. §. 12.

Struv [7]), Stryk [8]), Westenberg [9]), Schulting [10]), Wissenbach [11]), Cocceji [12]), Emminghaus [13]), Trendelenburg [14]), und Thibaut [15]) stimmen alle darin überein, daß das Depositum blos auf bewegliche Sachen gehe. Dennoch sind viele Rechtsgelehrten [16]) anderer Meinung. Sie berufen sich auf mehrere Gesetzstellen, woraus sie zu beweisen suchen, daß auch bey unbeweglichen Sachen eine custodia Statt finde *L.* 11. *D. de peric et commodo rei vendit.* *L.* 38. *pr. D. de damno infecto. L.* 3. §. *ult. D. de acquir. vel amitt. poss. L.* 1.

7) Evolut. controversiar. h. t. Th. 35. pag. 300.

8) De cautel. Contract. Sect. II. cap. 3. §. 6.

9) Princip. iur. Rom. sec. ord. Pandect. h. t. §. 6.

10) Thes. controv. Decad. LVIII. Th. 2. und in Iurisprud. Antejust. pag. 281. not. 11.

11) Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXXI. Th. 11.

12) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

13) *Ad Coccejum* c. l. not. d. et e.

14) Exerc. iur. civ. de sequestratione curatius definienda. *Betzovii* 1765. §. 17.

15) Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 891.

16) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. VOET Comm. ad Pand. h. t §. 3. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 35. not. 6. ZIEGLER Diss. de deposito §. 23. et 24. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 2. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 526. *Reinh. Frid.* SAHME Diss. de deposito rerum immobilium. *Chilonii* 1708. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1880. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 779. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 522. u. a. m.

Cod. de repud. vel abstin. heredit. Allein wir können dieses immerhin zugeben, dennoch ist in keinem dieser Gesetze von einem Depositum unbeweglicher Sachen die Rede. Man wird doch wohl die custodia, welche der Verkäufer nach der Natur des Kaufcontracts, ferner welche der Käufer, dem der Verkäufer vor der Hand nur einen prekairen Besitz eingeräumt hat, desgleichen welche der Gläubiger, der durch ein Dekret der Obrigkeit eine missio in possessionem rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur, erhalten hat, prästiren muß; oder welcher sich ein suus heres, der sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hatte, durch Bewohnung des väterlichen Hauses zu seiner eigenen Sicherheit unterzog, von derjenigen custodia zu unterscheiden wissen, welche in dem Depositum zur Bedingung des Contracts gemacht wird! In allen jenen Fällen treten ja ganz andere rechtliche Verhältnisse ein, und an ein Depositum ist dort auch nicht der entfernteste Gedanke. Auch wenn die Gesetze [17]) von derjenigen Art des Depositums reden, welche sequestrum genennet wird, so gedenken sie immer nur der beweglichen Sachen, oder ist ja von fundis die Rede, so war es nur auf eine Sequestration der Früchte angesehen. Es ist merkwürdig, daß die römischen Rechtsgelehrten anfangs nicht einmal beym Commodatum einig waren,

17) *L. 7. §. 2. D. Qui satisd. cog. L. 21 §. fin. D. de appellat. L. 5. Cod. Quorum appellat. non recipiunt.* **E. Iac. CUJACIUS in Recitat. Solemn. in Tit. Cod. de prohib. sequestrat. pecun. IDEM ad Lib. 2.** *Pauli* **ad Edict. ad** *L. 6. D. depositi* **et ad Lib. 28. Quaestion.** *Papiniani* **ad** *L. 5. §. 1. D. Ut legator. servandor. causa caveat. Hug.* **DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 4.**

waren, ob es bey unbeweglichen Sachen Statt finde? Labeo läugnete es. Nun nahm man zwar die Meinung des Cassius in den Gerichten an, commodari posse rem, et quae soli est, wie auch Ulpian lehrt *L.* 1. §. 1. *D. Commodati.* Wer mag aber deswegen behaupten wollen, daß dieses nun auch beym Depositum eben so seyn müsse? Der Streit ist übrigens gar nicht ohne Interesse. Denn Depositum und Mandatum sind in Absicht auf die Prästation der Culpa sehr unterschieden. Daß auch fungible Sachen, und zwar als solche, deponirt werden können, z. B. Geld, in gemeinen Münzsorten, das in einer unversiegelten Summe übergeben worden ist, mit der Verbindlichkeit, nur tantundem auf Verlangen wieder zurückzugeben, ist schon oben bemerkt worden, und Papinian und Alfenus Varus lehren dieses auch deutlich *L.* 24. *et L.* 25. §. 1. *D. h. t. L.* 31. *D. locati.* Es darf nur aber die deponirte Sache dem Depositar nicht selbst gehören. Denn sonst ist das ganze Depositum nichtig. *L.* 15. *D. h. t.* Qui *rem suam* deponi apud se patitur, vel utendam rogat, *nec depositi* nec commodati actione tenetur. — *L.* 31. §. 1. *D. eodem.* Si ignorans latro, cuius filio vel servo rem abstulisset, apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem; *nec ex iure gentium consistet depositum*, cuius haec est potestas, ut alii non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si *rem meam* fur, quam me ignorante subripuit, *apud me* etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit; recte dicetur *non contrahi depositum*: quia non est ex fide bona, rem suam dominum praedoni restituere compelli. — *L.* 45. *D. de reg. iuris.* Neque pignus, *neque depositum*, neque precarium, neque emtio, neque locatio *rei suae con-*

sistet

sistere potest. Daß aber die Sache dem Deponenten eigen gehöre, wird nicht erfordert. Sehr häufig werden auch fremde Sachen deponirt. Z. B. der Gläubiger giebt mir das Pfand, welches er von seinem Schuldner erhalten hat, in Verwahrung [18]. Man kann ferner die deponirte Sache wieder einem Andern in Verwahrung geben. Hier brauche ich dem Deponenten nur meine Klage zu cediren [19]). Ja sogar der Dieb und Räuber kann deponiren [20]). Daher sagt nun Paulus *Lib. II. Sententiar. receptar. Tit.* 12. §. 1. Deponere possumus apud alium id quod nostri iuris est, vel alieni.

§. 940.

Depositum irregulare.

Der Depositar empfängt also nach der Natur des Hinterlegungscontracts die ihm übergebene Sache blos zur Verwahrung. Der Contract an sich giebt ihm folglich weder ein Eigenthums- noch Gebrauchs- noch Pfandrecht. Eben deswegen, weil der Contract für den Depositar keinen Nutzen hat, derselbe vielmehr aus Freundschaft und Gefälligkeit alle Beschwerde übernimmt, darf er auch nur für den Dolus und ein demselben nahe kommendes grobes Versehen haften [21]). Bleibt es bey diesen Bestimmungen, welche die Natur des Contracts mit sich bringt, so wird der Contract in der Sprache der Rechtsge-

18) *L. 9. Cod. de pigner. act.*

19) *L. 16. D. h. t.*

20) *L. 1. §. 39. L. 31. §. 1. D. h. t.*

21) *L. 5. §. 2. D. Commodati.* Nam quia *nulla utilitas* eius versatur, apud quem deponitur, merito *dolus praestatur solus.*

gelehrten ein *depositum regulare* genennt; werden aber diese Bestimmungen durch Nebenverträge abgeändert, so entsteht daraus in der Sprache der heutigen Rechtslehrer ein *depositum irregulare*, oder wie es die Gesetze bezeichnen, *contractus, qui egreditur notissimos depositi terminos* [22]), oder *contractus, qui depositi modum excedit* [23]). Ob aber ein solches Depositum an sich noch ein wahres Depositum bleibe, folglich die actio depositi begründet sey, oder ob es nicht vielmehr in einen andern Contract übergehe, und also dessen Eigenschaften und Art der Klage erhalte, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. **Daniel Nettelbladt** [24]), und **Georg Oelrichs** [25]) behaupten das Erstere. Sie sagen, das pactum adiectum hebe das Wesen des Contracts nicht auf, sondern modificire blos die Natur desselben dergestalt, daß es dadurch Eigenschaften eines andern Contracts erhalten könne, z. B. eines Darlehns, so daß es nun von der Wahl des Deponenten abhänge, ob er sich der actio depositi, oder derjenigen Klage bedienen wolle, welche aus dem accessorischen Contract entspringt. Für das letztere hingegen streiten **Joh. Lud. Jul. Dedekind** [26]), und **Friedrich Gottl. Zoller** [27]). Allein die meisten

22) *L. 24. D. h. t.*

23) *L. 26. §. 1 D. h. t.*

24) Comm. iurid. de deposito irregulari. *Halae 1750. 4.*

25) Diss. de indole depositi, notissimos terminos suos egredientis. *Göttingae 1777.*

26) Commentat. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt, qui vero non est depositum, vel in alium contractum degenerat. *Wolfenbüt. et Lipsiae 1753. 4.*

27) Quaestio iuris controv. An detur depositum irregulare? *Lipsiae 1775.*

sten [28]) unterscheiden, und diese gehen auch wohl den sichersten Weg. Das depositum irregulare kann nämlich auf so mancherley Art entstehen, als die naturalia depositi durch Nebenverträge abgeändert werden können.

I) Der Depositar kann sich vertragsweise zu Etwas verbindlich machen, wozu ihn sonst die Natur des Contracts nicht verpflichtet. Er kann sich nicht nur zu einem höhern Grad der Vorsicht verpflichten, sondern auch sogar die Gefahr übernehmen. Daß hierdurch das Wesen des Contracts nicht geändert werde, leuchtet in die Augen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 1. §. 6. *D. h. t.* Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio. *Contractus enim legem ex conventione accipiunt.*

L. 1. §. 35. *D. eodem.* Saepe evenit, ut res deposita, vel nummi *periculo* sint eius, apud quem deponuntur; ut puta, *si hoc nominatim convenit.*

L. 39. *D. Mandati.* Et *Aristoni* et *Celso* patri placuit, posse rem hac conditione deponi, mandatumque susci-

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. *Corn. von* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 5. *Jos.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib IV. cap. 12. nr. 13. *Ge.* FRANTZKII Comm. ad Pand. h. t. nr. 23—39. *Rud. Christ.* HENNE Diss. de deposito irregulari. *Erfordiae* 1763. *Io. Gottfr.* SAMMET Quaestion. forens. Nr. IV. in *Opuscul. iurid.* pag. 264—266. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. T. III. §. 1885. MALBLANC Princip. iuris Rom. P II. §. 522. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 892. und *Christ. Ger.* OVERBECK Diss. de locatione depositi tam regularis, quam irregularis in concursu creditorum. *Heidelbergae* 1806. §. 20—24.

suscipi, *ut res periculo eius sit, qui depositum* vel mandatum *suscepit.* Quod et mihi (die Stelle ist aus des Neratius Membranen) verum esse videtur.

L. 7. § 15. *D. de pact.* Si quis pactus sit, *ut ex causa depositi omne periculum praestet:* POMPONIUS ait, pactionem valere: nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam.

II. Dem Depositar werden durch Nebenverträge Rechte eingeräumt, die ihm nach der Natur des Contracts nicht zustehen. Dergleichen Rechte können seyn,

1) die Befugniß, sich wegen einer künftigen Schuldforderung an die Sache halten zu können. Hier geht das Geschäft in einen Pfandcontract über, sobald die Forderung zur Wirklichkeit kommt. Der Depositar tritt nun in die Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers ein, er kann sich aber auch der Rechte desselben bedienen, besonders auch der Retention, welche sonst, wie unten vorkommen wird, beym Depositum nicht Statt findet [29]) Bis dahin,

29) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. 176. med. 2 et 3. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 2. Man glaubt, von einem solchen Pfandrecht sey in der *L. 27. D. h. t.* die Rede, wo es heißt: Lucius Titius, cum haberet filiam in potestate Sejam. Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit: cui etiam dotem dedit, *quam sub titulo depositi in cautionem contulit*, et postea, nulla denunciatione a domino facta, pater decessit; mox et Pamphilus servus. Quaero, qua actione Seja pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit? *Paulus* respondit, quoniam dos constitui non potuit, *ex causa depositi actione de peculio* pecuniam repetendam. Allein hier ist eigentlich von einem Schein-Depositum (depositum simulatum) die

ben, da die Forderung entsteht, bleibt aber das Geschäft ein Depositum.

2) Das Recht, die deponirte Sache zu gebrauchen. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden. a) Die deponirte Sache, deren Gebrauch gestattet wird, ist eine fungible Sache. Dann ist der Gebrauch derselben dem Depositar entweder α) auf dessen Gesuch ausdrücklich verwil-

die Rede. Der Vater, welcher seine Tochter widerrechtlich an einen fremden Sklaven verheyrathet hatte, ließ sich über den gegebenen Brautschatz einen Depositionsschein ausstellen, obgleich das Geld nicht zur Verwahrung, sondern zur Bestreitung der Lasten einer ungültigen Ehe war gegeben worden. Hier wurde nun gefragt, mit welcher Klage die Tochter, welche ihres Vaters Erbin geworden war, nach dem Tode des Sklaven das Heyrathsgut zurückfordern könne? Hier ist der Umstand merkwürdig, der in den Worten: *nulla denunciatione a domino facta*, ausgedruckt wird, nämlich der Herr des fremden Sklaven hatte sich dieser Ehe nicht widersetzt. Denn wäre dieses geschehen, und die Ehe dem Verbot zuwider dennoch geschlossen worden, so hätte jene Frage gar nicht entstehen können. Denn die Seja wäre alsdann vermöge des Claudianischen Senatusconsults Sklavin des Herrn ihres Mannes geworden. S. PAULUS *Lib. II. Sententiar. receptar. Tit. 21. a. §. 1. et 10.* in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 305. sq. und *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXI. cap. 16. Weil nun aber doch das Heyrathsgut wegen der Nichtigkeit der Ehe nicht gültig war bestellet worden, so konnten auch die gewöhnlichen Klagen nicht gebraucht werden, daher mußte hier, um das Heyrathsgut zu retten, des Scheindepositums ungeachtet, die actio depositi de peculio gegen den Herrn des verstorbenen Sklaven gebraucht werden. S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. LXIV. not. d. e. et f. pag. 452.

williget worden. Hier geht das Depositum sofort in ein mutuum über, der Depositar mag sich entweder gleich anfangs das Gebrauchsrecht ausbedungen, oder den Deponenten erst nach der Deposition um den Gebrauch des Geldes gebeten haben. Der Depositar muß daher auch von dem Augenblick des ihm gestatteten Gebrauchs an die Gefahr übernehmen, und es findet hier nicht die actio depositi, sondern die condictio certi ex mutuo Statt. Folgende Gesetzstellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 9. §. 9. *D. de rebus credit.* Deposui apud te decem, postea *permisi tibi uti.* NERVA, PROCULUS, etiam antequam moveantur, condicere, *quasi mutua,* tibi haec posse aiunt. Et est verum, ut et MARCELLO videtur. Animo enim coepit possidere: ergo transit periculum ad eum, *qui mutuum rogavit,* et poterit ei condici.

Ulpian billiget hier die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche behaupten, daß das Eigenthum des deponirten Geldes in dem Augenblick auf den Depositar übergehe, da dieser den Deponenten ersucht hat, ihm dasselbe als ein Darlehn gebrauchen zu lassen, und der Deponent ihm diesen Gebrauch verwilliget hat. Denn da der Depositar schon die körperliche Detention der Sache hatte, so war hier ausser dieser Bestimmung des Willens, zur Erwerbung des Eigenthums, kein weiteres Factum erforderlich [30]. Daß aber in diesem Falle das Depositum

30) §. 44. *I. de rer. divis.* *L.* 3. §. 3. *D. de acquir. vel amitt. possess.* *L.* 9. §. 5. *et* *L.* 21. §. 1. *D. de acquir. rerum. dom.* S. *Guil.* BARCLAIUS ad L. 9. §. ult. D. de reb. cred. in *Thes. Otton.*

tum wirklich in ein Darlehn übergeht, beweißt folgende Gesetzstelle noch deutlicher:

L. 34. pr. D. Mandati. Quodsi pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, *credita fit*: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.

Diese bisher noch gar nicht benutzte Stelle des Africans habe ich schon an einem andern Orte [31]) in ihrem Zusammenhange ausführlicher erklärt. Oder β) der Depositar hat nicht den Deponenten angesprochen, sondern Letzerer hat es dem erstern entweder gleich anfangs bey der Hinterlegung, oder nachher freiwillig angeboten, das Geld, wenn es ihm gefälle, gebrauchen zu dürfen. Hier wird erst durch den wirklichen Gebrauch das Eigenthum auf den Depositar übertragen, und der Contract in ein Darlehn verwandelt; bis dahin bleibt es ein wahres Depositum. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 10. D. de reb. credit. Quod si ab initio, cum deponerem, *uti tibi, si voles, permisero,* creditam non esse, *antequam mota sit*: quoniam debitu iri non est certum.

L. 1. §. 34. D. h. t. Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, *ut, si voluisses, uteretis*, priusquam utaris, *depositi* teneberis.

Dieser Fall ist von dem vorigen ganz verschieden. Denn da hier der Deponent den Gebrauch des Geldes selbst angeboten hat, so kann der Wille des Depositars nur durch

Otton. Tom. III. pag. 847. von Savigny Recht des Besitzes. §. 19.

31) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 779. S. 12. ff.

durch den wirklichen Gebrauch des Geldes erklärt werden. So lange folglich dieser Gebrauch noch nicht gemacht worden ist, geht das Depositum nicht in ein Darlehn über. Endlich 3) es ist die fungible Sache, als eine solche, und also das Geld entweder unter der ausdrücklichen Bedingung, daß nicht eadem nummorum corpora, sondern nur tantundem zurückgezahlt werden solle, oder unversiegelt in gemeinen Münzsorten deponirt worden. Man nennt dieses ein *depositum irregulare* im eigentlichen Sinn. Hier bleibt das Geschäft ein depositum, und geht nicht in ein Darlehn über. Daher können hier auch Zinsen bedungen, und Zinsen des Verzugs gefordert werden. Denn die Klage ist hier die actio depositi. Zwar wird durch den Vertrag, daß nur eine gleiche Summe (tantundem) wieder zurückgegeben werden solle, stillschweigend auch der Gebrauch des Geldes auf den Depositar übertragen. Allein da hier, nach der Natur fungibler Sachen, eben so viel von derselben Gattung und Güte das Nämliche ist, so wird hier wirklich idem depositum restituirt, wenn eadem quantitas zurückgezahlt wird, weil hier das Geld nicht als ein corpus, sondern nur als eine quantitas war deponirt worden. Die Gesetze bestätigen dieses auch ganz deutlich.

L. 24. D. h. t. Lucius Titius Sempronio salutum. *Centum nummos, quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola, manu mea scripta, tibi notum facio: quae, quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo.* Quaeritur propter usurarum incrementum? Respondi, depositi actionem locum habere: quid est enim aliud

com-

commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur. Nam si, *ut tantundem solveretur*, convenit, *egreditur ea res depositi notissimos terminos*. In qua quaestione, *si depositi actio non teneat*, cum convenit, tantundem, non idem reddi; rationem usurarum haberi, non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: *si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

So verwickelt auch diese Stelle wegen des dem Papinian eigenen gedrängten und concisen Styls ist, so sehr sie daher auch von den Auslegern [38]), selbst von den Griechen, mißverstanden worden ist, wie ich nachher zeigen werde; so enthält sie dennoch, nach einer richtigen Erklärung, den bündigsten Beweis für den hier aufgestellten Satz, daß das Depositum fungibler Sachen, wobey gleich anfangs abgeredet worden ist, daß nur tantundem restituirt werden solle, nicht in ein Darlehn übergehe, sondern ein wahres, wenn gleich irregulaires, Depositum sey, wovon mit der actio depositi auch Zinsen, und zwar nicht nur des Verzugs, sondern auch gleich anfangs bedungene gefordert werden können. Der vom Lucius Titius ausgestellte Depositionsschein, welcher zu der

38) Man vergleiche nur z. E. *Franc.* HOTOMANI Observation. Lib. IV. cap. 1. (*Basileae* 1775.) 8. und DEDEKIND cit. Commentat. Cap. 3. §. 37. pag. 60. sqq.

der in dieser Stelle enthaltenen Rechtserörterung Veranlassung gab, spricht zwar nur das Bekenntniß des Ausstellers aus, eine gewisse Summe, welche ihm zur Aufbewahrung für den Sempronius von desselben Sklaven sey dargezählet worden, empfangen zu haben, mit der Verpflichtung solche, sobald es Sempronius verlangen wird, sofort zurückzuzahlen. Ob also dabey die Abrede getroffen worden, daß tantundem mit Zinsen zurückgezahlt werden solle, ist daraus nicht zu ersehen. Da aber dennoch die Hauptfrage wegen der Zinsen war, so glaubt Gerhard Noodt[33]) nicht ohne Grund, daß der Depositionsschein des Lucius Titius vielleicht nicht ganz vollständig dargestellt worden sey, und daher am Schluß desselben nach *confestim tibi numerabo*, wenigstens die Worte *cum usuris* noch beygefügt werden müßten. Die Frage also, welche Papinian hier erörtert, war die, ob das Geld nebst den Zinsen mit der actio depositi zurückgefordert werden könne? Papinian entscheidet diese Frage geradezu bejahend. Die Worte: *Respondi*, *depositi actionem locum habere*, sind so bestimmt, daß es mir unbegreiflich ist, wie Cujaz[34]) habe sagen können: *Papinianus* non definit aperte in hac *L.* 24. utrum sit actio depositi ex hac conventione, an non, quod tamen multum interest scire. Papinian sagt es also ganz bestimmt, die actio depositi habe Statt. Dies ist nun zwar, fährt Papinian weiter fort, in dem Falle nicht

33) De pactis et transaction. Cap. 19. § *Haec*: *si quae* etc. *Oper*. Tom. I. pag. 540.

34) Commentar. in libros Quaestion. Papiniani Libr. IX. ad h. L. *Operum* Tom. I. pag. 218. (edit. *Car. Ann.* FABROTI. *Paris* 1658. fol.)

nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, wenn, wie es der Natur des Hinterlegungscontracts gemäß ist, wäre ausgemacht worden, daß eadem nummorum corpora zurückgegeben werden sollen, und dann von Zinsen die Frage entstünde, es sey nun entweder ein Verzug des Depositars, oder ein anderer rechtlicher Grund vorhanden, aus welchem auch ohne Vertrag Zinsen gefordert werden können, z. B. Verwendung des Geldes zum eigenen Nutzen. Denn die actio depositi ist eine actio bonae fidei, und es ist längst durch die Verordnungen der Kaiser 35) entschieden, daß bey den bonae fidei Klagen das richterliche Amt in Rücksicht der Zinsen soviel vermag, als ein feierliches Versprechen durch Stipulation. Allein größerem Zweifel schien dem großen Papinian die Frage unterworffen zu seyn, worauf es in dem ihm zur Entscheidung vorgelegten Falle eigentlich ankam, nämlich ob auch dann die *actio depositi* vorzüglich in Rücksicht der Zinsen begründet sey, wenn ausgemacht worden, daß nicht *eadem nummorum corpora*, sondern *tantundem* zurückgegeben werden solle? Denn offenbar weicht dieser Vertrag ganz von der Natur des Depositums ab. Das Eigenthum der zur Verwahrung gegebenen Münzen wird hier auf den Empfänger übertragen, wie beym Darlehn, und die Verbindlichkeit in Absicht auf die Restitution ist auch

35) *Ger.* NOODT de faenore et usuris Lib. III. cap. 6. schreibt dieses vorzüglich einer Constitution des Divus Pius zu, wie auch aus *L.* 7. *D. de negot. gest.* verglichen mit *L.* 6. §. *ult. eodem*, desgleichen aus *L.* 37. *D. de usur.* und *L.* 32. §. 2. *eodem* mit vieler Wahrscheinlichkeit erhellet. Ihm stimmt auch *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Lib. II. ad L. 19. D. de periculo et comm. rei vend. §. 8. pag. 468. bey.

auch hier die nämliche, wie in dem Darlehn. Das Geschäft scheint also dadurch in ein mutuum überzugehen. Allein kann der Contract nicht mehr als ein Depositum betrachtet werden, so kann auch von Zinsen gar keine Frage weiter seyn, weil im Darlehn weder Verzug des Schuldners, noch ein blos simpler Vertrag eine Zinsenforderung begründen kann, sondern nur ein feierliches Versprechen durch Stipulation. Dieses scheint mir nach der Erklärung des Pothier [36]) der wahre Sinn der Worte zu seyn: *In qua quaestione, si depositi actio non teneat, cum convenit, tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est.* Es ist daher ganz falsch, wenn die Basiliken [37]) diese Worte so interpretiren: Εἰ δὲ μὴ τὰ αὐτὰ ἀλλὰ τοσαῦτα συνεφωνήθη δοῦναι, οὐκ ἐνάγομαι τῇ περὶ παραθήκης ἀγωγῇ. i. e. *Si vero convenerit, tantundem, non idem reddi, depositi actione non teneor.* Schon der griechische Scholiast [38]) konnte diesen Irrthum nicht unbemerkt lassen, und fügte daher hinzu: πλὴν ὑποκάτω γνώσεις, ὡς ἁρμόζει ἐπὶ τούτου ἡ δεποσίτου i. e. *verum postea disces, quemadmodum hoc quoque casu competat actio depositi.* Der Scholiast sahe also richtiger ein, daß auch in diesem zweyten Falle, nach Papinians Meinung, die actio depositi allerdings Statt habe. Denn Papinian wollte eigentlich nur soviel sagen: wenn gleich freylich das Geschäft auf die Art, wie es unter den Contrahenten abgeschlossen worden ist, von der gewöhnlichen Form des Deposi-

36) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. e. pag. 457.

37) Tom. II. Lib. XIII. Tit. 2. Const. 24. pag. 99.

38) Tom. II. *Basilicor.* pag. 124. not. f.

positums abweicht, so sey es doch auch ein Depositum, wobey die Frage von Zinsen gar nicht vergeblich sey. Denn a) war dieses einmal die Absicht der Contrahenten, ein Depositum zu schließen. Zwar ist in dem Depositionsschein der Ausdruck *commendasti* gebraucht; allein das Wort *commendare*, sagt Papinian, bedeutet ja nichts anders, als deponere. b) Kann auch der gedachte Vertrag selbst in der Form, wie er geschlossen worden ist, als ein Depositum wohl bestehen, weil es ja dem Deponenten gleichviel seyn kann, ob er eben dieselben Münzen, die er zur Verwahrung gegeben hat, oder andere, die eben so viel gelten, wieder zurück erhält, genug wenn ihm eine gleiche Summe zurückgezahlt wird. Dieses sind die Gründe, aus welchen Papinian auch hier die actio depositi für begründet hält. Nur ein Zweifel stieg dem römischen Juristen hierbey noch auf, den er zuletzt zu heben sucht, nämlich der, es scheine doch gegen die Billigkeit (bona fides) und auch selbst gegen die Natur des Depositums zu streiten, Zinsen von dem zu fordern, der sich keines Verzugs schuldig gemacht hat, vielmehr durch Uebernahme des Geldes zur Verwahrung dem Andern eine Wohlthat erzeigt. Allein wären die Zinsen gleich anfangs durch Stipulation versprochen worden, so würde über deren Rechtmäßigkeit gar keine Frage entstehen [39]. Bey einem bonae fidei Contract hat nun aber das pactum adiectum gleiche Kraft. Es begründet also so gut, wie die Stipulation, eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der bedungenen Zinsen [40]. Daher sagt Papinian, *lex contractus servabitur.*

39) *L. 40. D. de reb. credit.*

40) S. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. III. cap. 5.

bitur. Hierin liegt ein neuer Beweis, daß die actio depositi hier die einzige competente Klage sey. Denn das pactum adjectum macht gleichsam einen Theil des Contracts aus, und modificirt das daraus entstehende Contractsklage [41]). Sollte indessen, dem allen ungeachtet, noch irgend ein Zweifel, wie doch kaum zu glauben ist, übrig bleiben, so wird diesen folgende Gesetzstelle von Grund aus heben.

L. 25. §. 1. *D. h. t.* Qui pecuniam apud se non obsignatam, *ut tantundem redderet*, depositam, ad usus proprios convertit, *post moram in usuras quoque* IUDICIO DEPOSITI *condemnandus* est.

So klar und entscheidend aber diese Stelle ist, und so wenig sie daher einer weitern Erläuterung bedarf; so sehr bestritten ist folgende wegen der darin enthaltenen scheinbaren Inconsequenz.

L. 26. §. 1. *D. eodem.* Lucius Titus ita cavit: Ελαβον, καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης etc. i. e. *Suscepi, habeoque opud me titulo depositi* [42]) *suprascripta denarium argenti decem millia: meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto, et profiteor: conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses, singulasque libras, usurarum nomine, quaternos tibi*

 obolos

41) *L.* 7. §. 5. *D. de pactis.* Pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis, et formant ipsam actionem. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 311. S. 259. Not. 84.

42) Richtiger: *et relata habeo in rationes depositi.* S. *Hier.* GROSLOTII Commentar. ad L. Lecta 40. D. de reb. cred. in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 35.

obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt? PAULUS respondit, eum contractum, de quo quaeritur, *depositae pecuniae modum excedere:* et ideo secundum conventionem *usurae quoque* ACTIONE DEPOSITI *peti possunt.*

Daß hier ebenfalls davon die Rede sey, wenn ausgemacht worden, daß nur tantundem pecuniae zurückgezahlt werden solle, wird zwar ausdrücklich nicht gesagt, erhellet aber daraus, weil Zinsen bedungen worden sind. Allein wem fällt hier der Schluß nicht auf, den Paulus macht: der Contract, von dem hier die Rede ist, wodurch sich nämlich der Depositar verbindlich gemacht hatte, von dem ihm zur Verwahrung gegebenen Gelde so lange, bis es ganz wieder zurückgezahlt seyn würde, auf jeden Monat etwas Gewisses [43]) an Zinsen zu bezahlen, überschreitet die Gränzen des Depositums, also können dem Vertrage gemäß Zinsen gefordert werden? Kein Wunder, wenn man diese Stelle für corrupt gehalten, und durch eine Emendation der Ungereimtheit abzuhelfen gesucht hat. Die Gloße glaubt, alle Schwierigkeit sey gehoben, wenn man nach den Worten modum excedere, hinzufügt: *est tamen depositum.* Hotomann [44]) hingegen schaltet bey den Worten modum excedere das *non* ein. Dedekind [45]), der

43) In dem Gesetz heißt es ἑκάϛε μηνός ὀβόλες τέσσαρας. Diese quaterni oboli in singulas minas bezeichnen usuram bessalem, acht von hundert Denarien. S. GROSLOTII Comm. cit. ad L. Lecta Tom. V. *Thes. Otton.* pag. 43. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. h.

44) Observation. Lib. IV. cap. 1. pag. 10.

45) Commentat. cit. §. 37. pag. 65.

der kein depositum irregulare annimmt, lieset seiner Theorie zu Folge: *usurae quoque actione depositi peti non possunt.* Allein durch Einrückung des *non* würde diese Stelle mit den beyden vorhergehenden in den offenbarsten Widerspruch gerathen. Die Basiliken[46]) haben auch diese Negation nicht. Sollte ja eine Emendation nöthig seyn, so wäre die, welche **Overbeck**[47]) vorschlägt, nämlich statt *et ideo* etc. vielmehr so zu lesen: *at vero secundum conventionem usuras quoque actione depositi peti posse.* Man sieht indessen aus dem ganzen Zusammenhange der Worte deutlich genug, daß der Sinn derselben dahin gehet, wenn gleich der Contract, von dem hier die Rede ist, von der Regel abweicht, so bleibe derselbe dennoch ein Depositum, und es können daher, der Verabredung gemäß, die versprochenen Zinsen mit der actio depositi gefordert werden, so wie auch **Anton Faber**[48]; dieses Gesetz versteht. Es bleibt also immer für uns eine wichtige Beweisstelle. Alles dieses bestätiget endlich noch eine Stelle des **Alfenus Varus**.

L. 31. *D. Locati.* — Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut *idem redderetur*, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut *eiusdem generis*

46) Tom. II. pag. 99. *Καὶ τόκον ἐκ συμφώνου ἀπαιτεῖ ἡ περὶ παραθήκης ἀγωγή. Ex conventione usurae quoque actione depositi petuntur.*

47) Diss. cit. de collocatione depositi tam regul. quam irregularis in conc. creditor. § 23. pag. 44.

48) Rational. in Pand. ad h. L. 26. §. 1. D. h. t. Man sehe auch AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 13. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XLIX. not. k.

ris redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa *rem domini manere*; ex posteriore, *in creditum iri*. Idem iuris esse in *deposito*: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, *ut neque clusam* [49]), *neque obsignatam traderet, sed adnumeraret*, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi *tantundem* pecuniae solveret [50]).

Alfenus stellt hier eine Vergleichung zwischen einem Miethcontract, vermöge welchen Jemandem fungible Sachen vom Eigenthümer zu dem Zweck übergeben worden sind, um sie an einen bestimmten Ort zu bringen, und einem Depositum fungibler Sachen an. Er sagt, jener Contract könne auf zweierley Art geschlossen werden, entweder a) so, daß die zum Transport übergebenen Sachen an dem bestimmten Orte in Natur abgeliefert werden sollen. Dies ist der gewöhnliche Fall. Denn der Miethcontract pflegt nicht das Eigenthum zu ändern, wie Ulpian [51]) sagt. So ist es auch z. B. wenn Jemand einen Fullo [52]) dingt, um ihm seine Kleider zu waschen, und wieder her-

zu-

49) Clusa für *clausa* ist bey den Alten nichts Ungewöhnliches.

50) Robert Stephan und Blaublomm lesen statt solveret besser *solvere*. Unser Erlanger Pandecten Mscpt lieset aber vielleicht noch richtiger; *nisi* UT *tantundem pecuniae solveret*. Eben so Haloander.

51) *L. 39. D. Locati.*

52) Wer hier unter *fullo* zu verstehen sey, habe ich schon an einem andern Ort gezeigt. S. den 13. Theil dieses Commentars §. 836. Not. 44. S. 201.

zurichten [53]). Denn hier wird der locator nicht Eigenthümer, sondern er muß eben dasselbe, was er empfieng, zurückliefern. Oder der Contract wird b) auf die Art geschlossen, daß die gegebene Sache nicht in Natur, sondern nur in *eodem genere*, d. i. nur eben so viel von gleicher Art und Güte restituirt werden soll. Diese Art des Contracts weicht von der Regel ab, und hat zwar darin eine Aehnlichkeit mit dem Darlehn, daß der locator operarum ein bloßer Gläubiger der Quantität bleibt, von den ihm übergebenen Sachen aber Eigenthümer wird. Dies heißt hier *in creditum iri*. Daß aber ein solcher unregelmässiger Miethcontract in ein Darlehn übergehe, sagt Alfenus nicht, vielmehr das Gegentheil, nämlich es bleibe ein Miethcontract. Denn er lehrt ja ausdrücklich: *rerum locatarum duo genera esse*. Der locator erhält auch hier den bedungenen Lohn. Die Worte *in creditum iri* sollen also nichts anders bedeuten, als daß hier der locator nur tantundem restituirt [54]). Man sieht dies auch noch deutlicher aus den vom Alfen angeführten Beyspielen, nämlich wenn Jemand einem Goldschmidt reines geschmolzenes Silber [55]), um silberne Gefäße, oder Gold giebt, um

53) *Vestimenta curare* ist so viel, als polire, lavare. *L.* 13. §. 6. *D. locati. L.* 12. *pr. L.* 82. *D. de furt. L.* 2. *D. de condict. sine causa.*

54) S. NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari §. 37. S. 33. ff.

55) *Argentum pusulatum*, oder wie andere lesen wollen: *postulatum*, oder *pustulatum*, welches alles gleichviel bedeutet, heißt nichts anders, als reines, geschmolzenes Silber. S. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. VII. cap. 39. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. III. Thes. iuris Rom. pag. 56. §. Sequuntur.

um Ringe, für den Besteller zu verfertigen. Das Eigenthum der zur Verarbeitung gegebenen Materie geht hier auf den Locator über, weil es dem Besteller gleich viel gelten kann, ob der Goldschmidt die bestellten Sachen aus der ihm dazu gegebenen Materie, oder aus seiner eigenen verfertiget. Daß bey dem Miethcontract der Dienste auch das Eigenthum der Materie auf den Locator übergehen könne, lehrt ausserdem auch Javolen [56]) nicht undeutlich. Gerade so sey es nun auch, fährt Alfenus fort, beym Depositum fungibler Sachen. Denn wenn eine Summe Geld dergestallt in Verwahrung gegeben wird, daß das Geld weder verschlossen, noch versiegelt, sondern blos in gemeinen Münzsorten dargezählt worden ist, so darf der Depositar nur tantundem pecuniae zurückzahlen. Alfenus nimmt also nach der Analogie vom Miethcontract auch zwey Arten des Depositums an, ein regulaires und irregulaires. In jenem bleibt der Deponent Eigenthümer, und die Sache muß ihm in Natur restituirt werden. In diesem wird zwar das Eigenthum der körperlichen Sache auf den Depositar übertragen, es geht aber doch nicht in ein Darlehn über, sondern es bleibt ein Depositum, wenn gleich der Depositar das Geld gebrauchen darf. Daß also auch die actio depositi begründet sey, leidet keinen Zweifel [57]). Von einer blos stillschweigenden Bewilligung des Gebrauchs einer deponirten Geld-Summe ist vielleicht auch Paulus zu verstehn, wenn

56) *L. 55. D. de obligat. et actionib.* Man vergleiche überhaupt *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. Iuris Rom. Lib. VIII. cap. 4.

57) BYNKERSHOEK c. l. cap. 5.

wenn er *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* sagt: Si *ex permissu meo* deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, *ut in caeteris bonae fidei iudiciis*, usuras eius nomine praestare mihi cogitur, wie auch Georg Frantzke [58]) glaubt; wenn man nicht lieber annehmen will, Paulus sey anderer Meynung gewesen, als Ulpian, wie Bynkershök [59]) und Overbeck [60]) dafür halten, welches mir aber darum nicht glaublich scheint, weil Paulus in seinen *Sententiis Receptis Lib. II. Tit.* 12. §. 9. [61]) ganz der Meinung Ulpians gemäß, lehrt: *Si pecuniam deposuero, eamque in usum* [62]) *tibi commisero, mutuum magis videtur, quam depositum.*

b) Ist die deponirte Sache, deren Gebrauch dem Depositar gestattet worden, eine nicht fungible Sache, so geht ein solches Depositum immer in einen andern Contract über. Denn ist α) der gestattete Gebrauch bestimmt, so wird der Contract entweder in ein commodatum, oder in einen Miethcontract, oder in einen unbenannten Contract verwandelt, je nachdem der Gebrauch entweder unentgeldlich, oder gegen ein bestimmtes Geldquantum, oder gegen eine andere Vergeltung bewilliget wird

58) Commentar. in Pand. h. t. nr. 28.

59) Observat. jur. Rom. Lib. VIII. cap. 5. pag. 301.

60) Diss. de collocat. depositi in concursu creditor. §. 10. pag. 41.

61) In *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 281.

62) So ist unstreitig mit Pithou zu lesen, wegen des nachfolgenden *mutuum*. Andere lesen auch *utendam*.

wird [63]). Ist hingegen β) ein unbestimmter Gebrauch gestattet, welcher nach Gefallen widerrufen werden kann, so nähert sich der Contract dem Prekarium [64]). In Absicht auf den Terminus a quo ist hier ebenfalls zu unterscheiden, ob der Depositar um den Gebrauch selbst bat, oder ob ihm derselbe von dem Deponenten freiwillig angeboten wurde. Im ersten Falle geht die Verwandlung gleich in dem Augenblick vor sich, da die Verwilligung von Seiten des Deponenten erfolgte. In dem letztern Falle aber erst von der Zeit an, da mit dem Gebrauche der Anfang gemacht worden ist; bis dahin bleibt es ein wahres Depositum [65]).

Uebrigens ist in Betreff des depositi irregularis noch das Princip zu bemerken, daß dasselbe immer nur insoweit von der gemeinen Natur des Depositums abweicht, als die Gesetze oder die Uebereinkunft der Contrahenten dasselbe beschränkt, und abgeändert haben, im Uebrigen sind die gemeinen Vorschriften auch bey diesem Depositum zu beobachten, naturalia enim in omnibus negotiis semper debent praesumi [66]).

§. 941.

63) L. 1. §. 9. *D. h. t.* *L.* 76. *pr.* *D. de furtis.* S. DEDEKIND Commentat. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt. Cap. 4. et 6.

64) Anderer Meinung ist zwar DEDEKIND cit. Commentat. Cap. 5. §. 67. weil das Prekarium sich mit dem Wesen des Depositums in soweit wohl vertrage, daß es auch zu aller Zeit revocirt werden kann. Allein man sehe OVERBECK Diss. de collocat depositi § 21. Not. 4. pag. 37.

65) S. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 9. not. 1.

66) S. OVERBECK Diss. cit. §. 23. in fin. pag. 45. und Thibaut System des P. R. 2. B. §. 892.

§. 941. und 942.

Welchen Grad der Kulpa prästirt der Depositar? Wer trägt die Unglücksfälle?

Bleibt es bey der Regel, daß der Depositar keinen Nutzen, sondern alle Beschwerlichkeit aus dem Contract hat, so ist er, wie bereits oben bemerkt wurde, nur wegen eines Dolus, oder einer diesem gleichzuachtenden groben Nachlässigkeit verantwortlich. Dahingen stehe der Deponent für das geringste Versehen, wenn durch seine Schuld der Depositar Schaden leidet. Paulus sagt in seinen *Sententiis receptis* Lib. II. Tit. 12. §. 6. Ob res depositas *dolus* tantum praestari solet; und Ulpian führt *L.* 5. §. 2. *D. Commodati* den Grund an: Nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito *dolus praestatur solus*. Daß grobes Versehen in Absicht auf Schadensersatz, dem bösen Vorsatz gleich zu achten sey, ist bekannt. Ulpian sagt dieses selbst an mehreren Orten [67]). Der Depositar darf also nicht für culpa levis haften. *Culpae* autem nomine, id est, desidiae ac negligentiae, non tenetur. So sagt Justinian §. 3. *I. Quib. mod. re contrah. oblig.* [68]). Eben deswegen, weil der Deponent allen Nutzen hat, fordern die Gesetze nur von ihm den möglichsten Fleiß. *L.* 61. §. 5. *D. de furtis*. Der Depositar hingegen haftet auch in Hinsicht des Untergangs oder des Abhandenkommens der

67) *L.* 1. §. 1. *D. Si mensor. fals. mod.* *L.* 29. *pr. D. Mandati.* Der culpa lata wird ausdrücklich gedacht *L.* 1. *Cod. h. t.*

68) *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 3. I. Quib. mod. re contrah. obligat.

der Sache, nur für culpa lata [69]). Denn er prästirt, wie §. 17. *I. de oblig. quae ex delicto nasc.* lehrt, keine custodia. Daher sagt Cajus *L.* 1. §. 5. *D. de obligat. et action.* Is quoque, apud quem rem aliquem deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re, quam acceperit, restituenda tenetur. *Sed is etiam si negligenter rem custoditam amiserit, securus est:* quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. *Negligentiae* vero nomine ideo non tenetur, *quia, qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet.* Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere. Es entstehen hier noch zwey Fragen. 1) Wenn Jemand einem Freunde Sachen in Verwahrung giebt, der bekanntlich in seinen eigenen Sachen nicht mit derjenigen Vorsichtigkeit zu handeln pflegt, welche man gewöhnlich von jedem vorsichtigen Menschen erwartet, der auf den Namen eines paterfamilias idoneus Anspruch machen will, in wieferne ist ein solcher Depositar für seine Nachlässigkeit verantwortlich? Es kommt bey der Entscheidung dieser Frage darauf an, ob der Schade durch desselben gewöhnliche Nachlässigkeit geschehen ist, oder dadurch, daß er auf die Verwahrung der bey ihm hinterlegten fremden Sachen noch geringere Sorgfalt verwendet hat, als er der Behandlung seiner eigenen Sachen zu widmen pflegt. In dem ersten Falle steht er für keinen Schaden. Denn wer einem bekanntlich nachläßigen Menschen Sachen in Verwahrung giebt, hat sich den Schaden, den er dadurch leidet, selbst zuzuschreiben, wie Cajus in der vorher angeführten Stelle

69) S. Schömans Lehre vom Schadensersatz 1. B. S. 127.

Stelle ganz richtig urtheilt. Es darf nur aber die Nachlässigkeit in keine so grobe Schuld ausarten, die an den Dolus gränzt. In dem letzten Falle hingegen kann man ihm von einem bösen Vorsatz nicht freysprechen. Denn wer schon in seinen eigenen Sachen nachlässig verfährt, aber dennoch fremde Sachen noch nachlässiger, als die seinigen, behandelt, vermag den Vorwurf, daß er unredlich gehandelt habe, nicht von sich abzulehnen. Dies ist wohl unstreitig der richtige Sinn der so sehr bestrittenen Stelle des Celsus *L.* 32. *D. h. t.* wo er sagt: Quod NERVA diceret, *latiorem culpam* 70) dolum esse, PROCULO displicebat; mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est 71), nisi tamen *ad suum modum* curam in deposito praestat, fraude non caret; *nec enim salva fide* mi-

70) Unter *latior culpa* wird hier eine gröbere Nachläßigkeit verstanden, als man sonst in seinen eigenen Geschäften zu begehen pflegt. Denn die Frage, worüber Nerva und Proculus stritten, war eigentlich die, ob derjenige, welcher nur für culpa lata haften darf, dieselbe durch Unterlassung desjenigen Fleißes begehe, den er sonst in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt? Celsus bejaht sie nach der Meinung des Nerva in dem Falle, da Jemand schon in seinen eigenen Sachen nur den geringsten Grad des Fleißes anzuwenden pflegt. S. *Christ. Wilh.* WEHRN Doctrina iuris explicatrix principior. damni praest. Cap. IV. §. 8. not. 7. pag. 74.

71) *Diligentia ad eum modum, quem hominum natura desiderat* ist nichts anders, als der gemeine Fleiß, den jeder ordentliche und vernünftige Mensch in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt. S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LIX Th. 8.

minorem iis, quam suis rebus, diligentium praestabit [72]).
2) Wenn der Depositar in seiner Art ein sehr fleissiger und vorsichtiger Mensch ist, der Schade, der an der deponirten Sache geschehen ist, aber durch eine solche Nachlässigkeit verursacht worden, die zwar keine culpa lata in abstracto ist, aber doch durch die ihm sonst in seinen Geschäften eigene Vorsichtigkeit hätte vermieden werden können, ist der Depositar dafür verantwortlich, und kann ihm das in seiner Art als eine culpa lata, ja wohl gar als ein dolus zugerechnet werden? Viele Rechtsgelehrten tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und glauben, den Grund dazu in der vorhin angeführten Stelle des Celsus zu finden. Sie stellen daher den Grundsatz auf: Jeder, von welchem sonst nur eine geringe diligentia in abstracto gefordert wird, sey dennoch stets diligentiam in concreto zu leisten schuldig, auch wenn er in seinen eigenen Sachen den größten Fleiß anzuwenden pflegt [73]). Nach diesem Princip wäre denn also eine culpa levissima in abstracto immer eine culpa lata in concreto! Ob ein solches Princip dem Celsus, oder je einem andern römischen Juristen in den Sinn gekommen sey, wage ich nicht zu behaupten. Vergleichen wir aber

72) Vergleiche über diese Stelle vorzüglich *Io Casp.* GENSLER Exercitation. iuris civ. ad doctrinam de culpa. Fascic. I. *Ienae* 1813. 8. Exercitat. VIII. §. 3. Man sehe auch Höpfners Commentar über die Institutionen §. 784. Not. 1.

73) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVI. Err. 2. Egid von Löhr Theorie der Kulpa §. 7. *Io. Barth.* MAYER Diss. de culpa eiusque speciebus et gradibus, praes. *Iul. Frid.* MALBLANC def. *Tubingae* 1807. §. 5. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 254.

oder sämmtliche Stellen, welche von der diligentia in concreto reden, so ist offenbar die Meinung der Gesetze, denjenigen, von welchem sie bey der Behandlung fremder Sachen nur eine diligentia domestica fordern, dadurch zu begünstigen [74]). Denn sie gehen von dem Erfahrungssatz aus, daß man in seinen eigenen Sachen nicht immer mit der Vorsicht und Aufmerksamkeit, welche sonst einem fleissigen Hausvater eigen ist, zu handeln pflegt. Daher unterscheiden sie genau die diligentia, qualem quis *suis rebus* adhibere solet, von der *diligentia exacta* oder *exactissima*, qualem *diligens*, vel *diligentissimus paterfamilias* praestat, und betrachten jenen Fleiß immer, als einen geringern Grad, im Verhältniß zur diligentia in abstracto. Was kann nun wohl jener Absicht der Gesetze mehr widerstreiten, als einen Menschen der nach seiner Gewohnheit vorsichtiger in seinem Hauswesen zu handeln pflegt, als man sonst von ihm erwartet, wegen des geringsten Versehens, dessen er sich bey der Behandlung einer ihm anvertrauten fremden Sache schuldig gemacht hat, nun deswegen gleich eines Dolus oder einer culpa lata zu bezüchtigen? Wird dadurch nicht jenes privilegium favorabile offenbar in ein privilegium odiosum verwandelt? Wie stimmt nun damit überein, was **Modestin** sagt *L. 25. D. de Legibus*, Nulla iuris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut

74) Man vergleiche nur §. 9. *I. de societate. L. 72. D. pro socio. L. 25. §. 16. D. famil. ercisc. L. 11. in fin. Cod. de pactis conventis, §. 1. I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. L. 22. §. 3. D. ad SCtum Trebell. L. 3. D. de periculo et commodo rei venditae.*

ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem? Wäre es denn nicht viel besser, für einen nachlässigen Menschen zu gelten, als durch den Ruf eines guten Haushälters seine Lage zu verschlimmern? Ueberdem sagt auch die *L. 32. D. h. t.* kein Wort davon. Es ist ja hier nicht von einem solchen Depositar die Rede, welcher in seinen eigenen Sachen wie ein diligens paterfamilias verfährt, nein, gerade von dem Gegentheile, von einem solchen nachläßigen Menschen, der auf jenen Namen keinen Anspruch machen kann. Anton Faber [75]) will zwar freylich das Gesetz von dem ersten Falle verstehen, und daher das NON vor *ad eum modum* wegstreichen. Allein wer berechtiget ihn, auf eine so willkührliche Emendation sein System zu gründen? Schon Robert [76]) hat daher die Meinung des Fabers mit Recht verworfen. Verwendet nun aber der ohnehin nachlässige Depositar auf die Verwahrung der bey ihm hinterlegten Sache noch geringere Sorgfalt, als auf die seinige; wer kann ihn hier von einer Culpa freysprechen, die dem Dolus gleichkommt? Paßt nun dieß wohl auf einen sonst vorsichtigen Menschen, wenn er durch ein ganz geringes Versehen einem Andern schadet [77])? Soll hier alles culpa lata heißen, was sonst culpa levis oder nur levissima ist, gute Nacht alsdann guter Ulpian mit deiner ganzen in der *L. 5. D. Commodati* so müh-

75) De Errorib. Pragmat. Dec. 76. Err. 2.

76) Receptar. Lection. Lib. II. cap. 7.

77) Mit mir stimmen überein WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. damni praestandi. §. 34. und GENSLER cit. Commentat. Exercit. VIII. §. 3.

mühsam aufgestellten Theorie der Culpa! Es bleibt also Regel, daß nur grobe Nachläßigkeit dem Depositar verantwortlich macht. Jedoch finden zuweilen Ausnahmen Statt, wo der Depositar auch für ein ganz geringes Versehen stehen muß. Dahin gehört nicht nur, wenn er sich durch Vertrag dazu verbindlich gemacht hat, sondern auch wenn er sich zu der Aufbewahrung der fremden Sache ausdrang, er mag nun hierdurch entweder einen Bessern verdrängt haben, oder nicht [78]).

L. 1. §. 35. *D. depositi.* Sed et si se quis deposito obtulit, idem *Iulianus* scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

Zuweilen muß der Depositar auch sogar für den zufälligen Schaden haften [79]). Dahin gehört a) wenn er die

78) *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LIX. Th. 9. und THIBAUT System. des P. R. 1. B. §. 254. Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar behaupten, daß der Depositar, welcher sich angeboten hat, nur für culpa levis stehe. S. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 37. not. 1. FRANTZKIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 95. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 31. Allein diese Behauptung wird durch *L. 1.* § 35. *D. h. t.* hinreichend widerlegt. Man vergleiche noch *Guil* PROUSTEAU ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XI. §. 12. (in MEERMANI *Thes.* Tom. III. pag. 501.) und *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 15. §. 14.

79) *Matth. Ben.* HERING Diss. de casu fortuito a depositario praestando. *Rostochii.* 1736.

die Unglücksfälle durch Vertrag übernommen [80]. b) Wenn er sich bey der Restitution eines Verzugs schuldig gemacht hat, und die Sache nicht auf die nämliche Art bey dem Deponenten zu Grunde gegangen seyn würde, wenn sie ihm sofort auf sein Verlangen wäre zurückgegeben worden [81]. c) Wenn der Depositar durch contractswidrigen Gebrauch der Sache ein furtum usus begieng, und die Sache bey dieser Gelegenheit zu Grunde gegangen ist [82]. d) Wenn der Depositar die ihm anvertraute Sache arglistig veräusserte, nachher aber wieder einlößte, in der Absicht, sie ferner als ein Depositum zu verwahren. Hier haftet er zur Strafe wegen seiner einmal begangenen Treulosig-

80) *L. 7. §. 15. D. de pactis.*

81) *L. 12. §. ult. L. 14. §. 1. D. h. t. Cap. 2. X. de deposito.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und PROUSTEAU ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XI. §. 12. und Cap. XXVII. §. 24. sqq. Nach der *L. 12. §. ult. D. h. t.* soll zwar der Depositar erst dann für den Zufall haften, wenn die hinterlegte Sache erst nach der Litiscontestation zu Grunde geht. Es ist aber zu bemerken, daß dieses Gesetz den Fall voraussetzt, da der Verzug des Depositars erst mit der Litiscontestation seinen Anfang nahm. Dieß geschieht alsdann, wenn der Hinterleger den Depositar, ohne ihn vorher aussergerichtlich zu mahnen, sogleich vor dem Richter belangte, und seine Sache zurückforderte. S. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 716. Tit. XII. not. 3. und *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de amissione rerum fortuita. *Tübingae 1673.* §. 15.

82) *L. 29. pr. D. depositi.* §. 6. *I. de obligat. quae ex delicto. L. 3. Cod. h. t. L. 2. Cod. de condict. furt.* HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 268.

losigkeit, wenn die Sache nachher zufällig verlohren geht [83]). e) Wenn die Hinterlegung blos zum Vortheil des Depositars als ein auf einen gewissen Fall bedungenes Darlehn geschahe. Z. B. Titius will ein Grundstück kaufen, und bittet mich deshalb um ein Geldanlehn, will aber das Geld nicht eher haben, als wenn der Kauf wirklich zu Stande gekommen seyn wird. Ich muß nun eine nothwendige Reise machen, und deponire daher eine Summe Geld blos in der Absicht bey Titius, daß wenn er das Grundstück noch kauft, solches damit bezahlen könne. Hier steht der Depositar für die Gefahr, wenn das Geld auch noch vor dem Kaufe verlohren gienge. Dieß ist der Fall, den Ulpian *L. 4. pr. D. de rebus credit.* hat. Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, *ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses*, hoc depositum periculo est eius, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, *ut pretio uteretur*, periculo suo rem habebit. Mehrere Rechtsgelehrten [84]) wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß der Depositar

 nur

83) *L. 1. §. 25. D. h. t.* Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti, *in causam depositi*, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi: *quia semel dolo fecisti, cum venderes.* VOET Comm. h. t. §. 7.

84) S. *Andr.* FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. II. cap. 71. *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 7. und besonders die Glossatoren Azo und Accursius.

nur für culpa levissima hafte. Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß das Wort *periculum* in dieser Bedeutung öfters genommen wird, wie unter andern auch aus der oben angeführten *L.* 1. §. 35. *D. depositi* erhellet [85]; so beweißt doch der vom Ulpian angeführte Entscheidungsgrund: nam et qui rem vendendam acceperit, *ut pretio uteretur*, periculo suo rem habebit, daß unter dem Wort *periculum* hier, so wie es auch sonst gewöhnlich genommen wird, die Unglücksfälle verstanden werden [86]. Folgende Stelle Ulpians läßt hierüber gar keinen Zweifel übrig. *L.* 11. *pr. D. de reb. credit.* Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummis utereris: si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem, vel massam sine tua culpa perdideris prius, quam venderes *utrum mihi, an tibi perierit*, quaestionis est? mihi videtur, NERVAE distinctio verissima, existimantis, multum interesse,

85) Mehrere Stellen, wo die Bedeutung des Worts *periculum* die Grenzen der culpa levissima nicht überschreitet, hat *Guil.* PROUSTEAU in Recitat. ad L. 23. D. de regul. iuris Cap. IX. §. 6. (in MEERMANI *Thes.* Tom. III. pag. 497.)

86) So verstehen die *L.* 4. *D. de reb. cred.* auch *Guil.* BARCLAIUS ad Tit. Pand. de reb. cred. (in *Thes. Ottonian.* Tom. III. pag. 826.) *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. IX. §. 4. *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 27. (in *Thes. Meermaniano* Tom. IV. pag. 57.) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad LIX. Th. 9. und *Dan.* NETTELBLADT Commentar. de deposito irregulari. Sect. I. Cap. IV. Membr. III. §. 53. pag. 63. sq. Man sehe auch *Scholia Basilicor.* ad Lib. XXIII. Tit. 1. Tom. III. pag. 241.

se venalem habui hanc lancem, vel massam, nec ne: ut, si venalem habui, mihi perierit; quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc, ut venderem, *sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse.* Ausser diesen Fällen darf der Depositar bey dem deposito irregulari für den Zufall nicht stehen, sofern er ihn nicht durch eine zu vertretende Fahrlässigkeit selbst verschuldet hat [87]).

Hat der Depositar bey einer sich ereignenden Gefahr nur seine eigenen Sachen gerettet, die deponirten aber umkommen lassen, so entsteht zwar gegen ihn der Verdacht, er habe auch die letzteren erhalten können. Allein da ihm kein Gesetz die Verbindlichkeit auflegt, die deponirten Sachen schlechterdings den seinigen vorzuziehen, so kommt es blos darauf an, ob ihm bey der unterlassenen Rettung der deponirten Sachen eine grobe Nachlässigkeit zur Last gelegt werden kann, oder nicht. Kann er beweisen, daß es ihm mit dem Grade des Fleisses, den die Natur des Contracts von ihm fordert, nicht möglich war, neben den seinigen auch die deponirten Sachen zu erhalten, so ist er frey.

87) *L. 1. Cod. Hermogen. de deposito.* Eum, qui suscepit depositum, dolum, non etiam casum praestare, certi iuris est. Cum itaque proponas, ignis vi quaedam cremata de his, quae tibi fuere commendata, nec ullum dolum in subtrahendis rebus adhibitum, Rector provinciae nihil contra iuris rationem fieri patietur. Diese Verordnung der Kr. Diocletian und Maximian ist durch die *Collatio Legg. Mosaicar. et Romanar.* Tit. 10. in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 769. erhalten worden. In dem Just. Codex steht sie nicht. Allein eine noch ältere Verordnung vom Kr. Alexander *L. 1. C. h. t.* Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita

freyzusprechen [88]). Viele [89]) sind zwar anderer Meinung, und stellen den Grundsatz auf: Kann ein Contrahent entweder nur seine eigene Sachen, oder die, worauf er Fleiß zu wenden hat, gegen Beschädigung sichern, so muß er die fremden Sachen vorziehen. Andere [90]) hingegen wollen einen Unterschied gemacht wissen, ob die deponirten Sachen von grösserem Werthe waren, als die geretteten eigenen Sachen des Depositars, oder nicht. Nur in dem ersten Falle hafte der Depositar für den Schaden, in dem letztern aber nicht. Allein mit den Gesetzen stimmt weder die eine noch die andere Meinung überein. Die *L.* 5. §. 4. *D. Commodati* redet bloß vom Leihcontract, bey welchem der besondere Grund eintritt, daß der Commodatar zur größten Sorgfalt in der Obhut über die Sache verpflichtet ist [91]). Dieß ist der Grund, warum er auch beym Retten seine Sachen nicht vorziehen darf. Wie paßt

posita apud interfectum perierint: detrimentum ad heredem eius, qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, (si non aliud specialiter convenit) praestare debuit, non pertinet.

88) S. *Christ. Wilh.* WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praestandi Cap. IV. §. 13. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 12. not. q.

89) *Io.* VOET Comment. ad Pand. Lib. XIII. Tit. 6. §. 4. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de usu pract. doctr. difficillimae Iur. Rom. de culpae praestatione in contract. Cap. I. §. 41. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 254. nr. V.

90) *Io.* BRUNNEMANN Commentar. ad Pand. ad L. 32. h. t. nr. 9. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

91) *L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et act.* Is, qui utendum accepit, — *exactissimam diligentiam custodiendae rei* praestare compellitur.

paßt aber dieser Grund auf den Depositar [92])? Das *cap. 2. X. de deposito* hingegen sagt nur: Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti, woraus also nichts weiter folgt, als daß dem Depositar der Beweiß obliegt, es sey bey dem Grade des Fleißes, der nach der Natur des Contracts von ihm gefordert werden konnte, eine Rettung des Depositums neben seinen eigenen Sachen nicht möglich gewesen. Praesumtio enim probationem contrarii admittit [93]), wie Leyser [94]) hierbey ganz richtig bemerkt. Daß aber der Depositar nach der Natur des Contracts, eben so wie der Commodatar, verpflichtet sey, die fremden Sachen seinen eigenen vorzuziehen, läßt sich daraus nicht folgern [95]).

Ist das Depositum ein irreguläres, welches in einen andern Contract übergeht, so ist zu unterscheiden, ob durch den verstatteten Gebrauch der Sache, zugleich das Eigenthum derselben auf den Depositar übertragen worden ist, oder nicht. Im ersten Falle kann von einer praestatio doli aut culpae gar keine Frage entstehen, sondern der Depositar trägt hier als Eigenthümer den Unglücksfall. In dem letztern Falle hingegen richtet sich der Grad der zu vertretenden Culpa nach der Natur des Geschäfts, in

92) Ich sehe jetzt ein, daß ich oben im 13. Th. §. 855. S. 441. in meiner Behauptung zu weit gieng.

93) *Cap. ult. in fin. X. de praesumt.*

94) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXVI. medit. 7.

95) S. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. I. Subs. II. §. 3.

in welches das Depositum durch den verwilligten Gebrauch der Sache verwandelt worden ist [96]).

Ist die Sache durch den Dolus oder durch eine culpa lata des Depositars zu Grunde gegangen oder verderbt worden, so muß der Depositar nicht nur das ganze Interesse leisten, sondern es kann auch der Hinterleger den Schaden eidlich taxiren [97]).

Zuweilen muß auch der Depositar dem Hinterleger die Zinsen vergüten, nämlich wenn das Depositum in Gelde besteht, und der Depositar sich bey der Restitution desselben eines Verzugs schuldig gemacht [98]), oder das Geld, ohne Einwilligung des Deponenten, in seinen Nutzen verwendet hat [99]). Ausser diesen Fällen können keine Zinsen von deponirten Geldern gefordert werden, wenn solche nicht bey

96) S. NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari, Sect. I, Cap. IV, Membr. III. §. 52. sqq.

97) *L. 1. §. 26. D. h. t.* In depositi quoque actione in litem iuratur. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 303. et 359.

98) *L. 25. §. 1. D. h. t. L. 2. Cod. eodem.* S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 10.

99) *L. 3. Cod. h. t.* Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis; cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium. Si quidem, qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit. Von diesem Falle ist auch *L. 4. Cod. eod* zu verstehen. Si deposita pecunia is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras debere praestare. S. *Hug.* DONELLUS in Comment. ad L. 3. et 4. Cod. h. t. pag. 253. sq. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6.

bey einem irregulairen Depositum ausdrücklich bedungen worden sind [100]). Daß schon die Verwilligung des Gebrauchs an sich eine stillschweigende Verpflichtung zur Zinsenzahlung enthalte, wie einige [1]) behaupten wollen, ist unerweislich [2]).

§. 943.

Wie muß die Restitution der deponirten Sache geschehen? In wiefern muß der Depositar für die in einer hinterlegten Kiste eingeschlossenen Sachen stehen?

Der Depositar ist verbunden, das, was er zur Verwahrung erhielt, in Natur zurückzugeben [3]). Nur bey dem irregulairen Depositum einer Quantität leidet diese Regel eine Ausnahme. Hier braucht das Depositum nur in Sachen von gleicher Art und Güte restituirt zu werden [4]). Ist seit der Zeit eine Münzveränderung entstanden,

100) *L. 24. in fin. L. 26. §. 1. D. h. t. L. 28. D. eodem.*

1) Man sehe *Casp. Achat.* BECK Diss. de usuris ex deposito praestandis. *Ienae* 1722. §. 14. et 15. Allein seine Gründe sind nicht überzeugend. NETTELBLADT in Commentat. de deposito irregulari §. 48. pag. 49. sqq. hat sie ausführlich widerlegt. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 10. not. p. und WALCH Introduct. in Controv iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. II. Subs. II. §. 6.

2) Das Gegentheil beweißt *L. 24. D. h. t.* wo Papinian sagt: Sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

3) *L. 1. §. 5. D. de obligat. et action.*

4) S. NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari. §. 56. et 57.

den, so kommen die oben beym Darlehn [5]) vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung [6]). Ward eine mit Sachen angefüllte Kiste verschlossen und versiegelt in Verwahrung gegeben, so versteht sich's, daß nicht nur die Kiste selbst, sondern auch die darin enthaltenen Sachen, und zwar ohne Unterschied, ob der Depositar gewußt hat, was für Sachen in der Kiste befindlich sind, oder nicht, zurückgefordert werden können. Trebatius war zwar der Meinung, die Sachen müßten dem Depositar gezeigt, und von dem Hinterleger in seiner Gegenwart in die Kiste eingeschlossen worden seyn, wenn auf deren Restitution mit der actio depositi solle geklagt werden können. Allein Labeo verwarf diese Meinung mit Recht aus dem Grunde, weil derjenige, welcher eine Kiste deponirt, hiermit auch die darin enthaltenen Sachen hinterlegt habe. Ihm trat auch Ulpian bey, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 1. §. 41. *D. h. t.* Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an et species comprehendendae sint? Et ait TREBATIUS, cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum: quod et si res ostensae sunt, et sic deposita, adiiciendae sunt et species vestis [7]). LABEO autem ait, eum, qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere: ergo et de rebus agere eum oportet. Quid ergo, si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse? Non

5) S. den 12. Th. §. 783.

6) NETTELBLADT c. l. §. 58.

7) Unser Cod. Pand. MS. lieset hier so: *quod et si res ostensae sint, et species et vestes, et sic depositae: adjiciendae sunt et species et vestes.* Fast eben so Holoander.

Non multum facere, cum suscepit depositum. Ego et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit. Wenn nun aber die Frage entsteht, in wie fern der Depositar für die in der hinterlegten Kiste eingeschlossenen Sachen stehen müsse, so entscheidet hierüber die angeführte Stelle ausdrücklich nichts. Es muß daher diese Frage aus allgemeinen Gründen entschieden werden. Behauptet nämlich der Hinterleger, es fehlten Sachen, welche in der verschlossenen Kiste befindlich gewesen seyn sollen, so muß er vor allen Dingen ihre Existenz beweisen, wovon der Hinterleger nicht dem Depositar die Sachen bey dem Einschließen in die Kiste vorgezeigt hätte. Da nun der Depositar wegen der hinterlegten Sachen nur insofern verantwortlich ist, als ihm ein Betrug oder eine grobe Nachlässigkeit zur Last fällt, so kommt es darauf an, ob der Hinterleger das Eine oder das Andere zu erweisen im Stande ist. Qui enim dolo dicit factum aliquid, sagt Ulpian *L.* 18. §. 1. *D. de probat.* docere dolum admissum debet; und hierzu werden dringende Anzeigen erfordert [8]). Nach der gemeinen in der Praxis herrschend gewordenen Meinung glaubt man nun zwar, wenn der Depositar die ihm verschlossen übergebene Kiste erbrochen zurückgiebt, so entspringe daraus ein solcher Verdacht wider ihn, daß dem Hinterleger gestattet werden müsse, den Beweis, daß ihm Sachen fehlen, durch seinen Eid zu führen [9]). Allein in den Gesetzen ist diese Ver-

8) *L. 6. Cod. de dolo malo.*

9) MEVIUS P. IX. Decis. 55. VOET Comment. ad Pand. Lib. IV. Tit. 9. §. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. MENOCHIUS Arbitr. iudic. Quaest. Centur. III. Cas. 208. nr. 26.

BER-

Vermuthung nicht gegründet, welche vielmehr jeden so lange für redlich angesehen wissen wollen, bis das Gegentheil erwiesen ist. Das Erbrechen einer verschlossenen Kiste bezeugt nun zwar von einer gewaltsamen Verletzung, begründet aber doch noch keine dringende Vermuthung, daß gerade der Depositar Urheber derselben sey [10]). Wollte man ja jener Meinung Statt geben, so würde es doch immer erst darauf ankommen, wie der Depositar den gegen ihn entstandenen Verdacht von sich abzulehnen vermöchte; und ist derselbe sonst ein bekannter redlicher Mann, von dem kein Meineid zu befürchten ist, so würde doch wohl dieser eher zum Reinigungseide, als der Hinterleger, ohne allen weiteren Beweis, zum Ergänzungseide zu lassen seyn [11]).

§. 944.

Der Depositar darf sich der Restitution unter keinerley Ausflucht entziehen.

Die Zurückgabe der deponirten Sache muß endlich auch zu jeder Zeit geschehen, sobald es der Hinterleger verlangt, und darf unter keinerley Vorwand abgelehnt werden, wenn sich der Depositar keines bösen Vorsatzes schuldig machen will. Es muß nur aber die unverzügliche Restitution dem Depositar möglich seyn. Denn es finden auch hier rechtmäßige Entschuldigungsgründe Statt. Folgende Stelle Ulpians ist hier merkwürdig.

L. 1.

BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. not. 1. Thibaut's Syst. des P. R. 2. B. §. 892.

10) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 5. EMMINGHAUS ad *Eundem.* not. h. und Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 1. B. §. 55. S. 99. ff.

11) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

L. I. §. 22. *D. h. t.* Est autem et apud IULIANUM *libro XIII. Digestorum* scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere: *hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat.* MARCELLUS autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat. *Quid enim, si in provincia res sit; vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel conditio depositionis non extitit!*

Wo also dem Depositar kein böser Vorsatz zur Last fällt, da ist er entschuldiget, wenn er auch die Sache nicht sofort zurückgiebt. **Marcellus** rechnet unter andern den Fall hierher, wenn die Bedingung der Hinterlegung noch nicht eingetreten ist. Gewöhnlich versteht man hierunter den Fall einer Sequestration [12]). Allein zu dieser einschränkenden Erklärung ist kein hinreichender Grund vorhanden. Es lassen sich mehrere Fälle gedenken, wo die Hinterlegung bedingt geschieht, und die Bedingung für den Deponenten verbindlich ist. Einen solchen Fall hat **Ulpian** in der bereits oben vorgekommenen *L.* 4. *pr. D. de reb. credit* [13]). Bey dem deposito irregulari finden noch mehrere Ausnahmen Statt. Ist nämlich a) eine fungible Sache unter der ausdrücklichen oder

12) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXVI. Th. I. Lit. G. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. nr. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 6. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. nr. XVII. not. a.

13) S. NETTELBLADT Comm. de deposito irregulari. §. 61. pag. 76.

oder stillschweigenden Verabredung deponirt, daß nur tantundem restituirt werden solle, so kann dem Depositar, wenn er das Geld, wie ihm hier erlaubt ist, verbraucht hat, nicht zugemuthet werden, dasselbe, sobald es dem Hinterleger gefällt, auf der Stelle zurückzuzahlen, sondern es muß ihm hier, nach billigem Ermessen des Richters, wenigstens so viel Zeit gelassen werden, als erforderlich ist, um das Geld wieder aufzubringen [14]). Quod enim dicimus, sagt Paulus *L.* 105. *D. de Solut* — debere *statim* solvere, *cum aliquo scilicet temperamento temporis* intelligendum est: nec enim cum sacco adire debet. b) Wenn die deponirte Sache eine nicht fungible ist, und dem Depositar ein bestimmter Gebrauch derselben ist verstattet worden [15]). Ausser diesen Fällen bleibt es bey der Regel, welche Justinian *L.* 11. *Cod. h. t.* nochmals einschärft: Si quis vel pecunias vel res quasdem per depositionis acceperit titulum, *eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur.* Diese Regel findet Statt, wenn auch bey der Hinterlegung eine Zeit der Zurückforderung wäre bestimmt worden [16]). Denn im Zweifel wird angenommen, daß diese Zeitbestimmung blos zum Vortheil des Hinterlegers beygefügt sey, damit der Depositar die Sache nicht etwa zur Unzeit zurückgebe [17]).

Da

14) NETTELBLADT cit. Commentat. § 60.

15) STRYK de cautel. contract. Sect. II. cap. 3. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. NETTELBLADT c. l. §. 61. pag. 77. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. k.

16) *L. 1. §. 45. et 46. D. h. t.*

17) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6. und WALCH Introduct. in controv. iur.

Da sich der Depositar der Restitution der Sache unter keinerley Vorwand entziehen darf, so kann a) dem Hinterleger, wenn er das Depositum zurückfordert, die Einrede der Compensation nicht entgegengesetzt werden. Dies versteht sich nun zwar wohl von selbst, wenn die deponirte Sache eine species, und diese noch in Natur vorhanden ist; aber auch dann findet keine Compensation Statt, wenn auf die Vergütung des Werths derselben geklagt wird, oder die Hinterlegung einer fungiblen Sache gleich Anfangs unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Verabredung geschahe, daß nun tantundem restituirt werden solle. Denn die Gesetze machen keinen Unterschied [18]), wie schon an einem andern Orte [19]) bemerkt worden ist. Ein anders wäre, wenn das Depositum ein irregulaires ist, welches in einen andern Contract übergeht, bey dem eine Compensation Statt findet, wie z. B. wenn das Depositum durch Verstattung des Gebrauchs der Sache in ein Darlehn oder Commodatum verwandelt worden ist [20]). Denn hierdurch erlöschen auch die Vorrechte des Depositums [21]). Dem Hinterleger kann ferner b) die Einrede nicht entgegengesetzt werden, daß ein Dritter dem Depositar die Restitution der Sache verboten habe

iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. I. Subs. II. §. 4. pag. 529.

18) §. 30. *I. de Actionib. L. ult. Cod. de compensat. L. 11. Cod. Depositi.*

19) Man sehe den Tit. de compensationib. §. 930. S. 75. und *Nic. Christph.* LYNCKER Disp. de privileg. depositi Th. 17. et 18.

20) S. den 13. Th. des Commentars. §. 857. S. 465.

21) S. NETTELBLADT Comm. de deposito irregulari §. 65.

be [22]). Nach der *L.* 11. §. *ult. Cod. h. t.* konnte zwar der Depositar zu seiner Deckung gegen die weiteren Ansprüche des Dritten von den Deponenten eine dazu hinreichende Cautionsleistung fordern, und, wie **Doneau** [23]) behauptet, die Sache wenigstens so lange, bis diese geleistet worden, zurückbehalten. Es heißt nämlich daselbst: Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei, qui depositum suscepit, ab alio transmissa, *ut minime depositum restituat*; hocque per iusiurandum affirmaverit: liceat ei, qui deposuit, *sub defensionis cautela idonea praestita*, res depositas quam ocyssime recuperare. Allein **Justinian** hat dergleichen Einsprüche oder Denunciationen, wodurch die Rückgabe des Depositums gehindert wird, nicht nur gänzlich verboten, sondern auch sogar Strafen damit verknüpft, welche denjenigen treffen sollen, welcher sich dennoch, diesem Gesetz zuwider, eine dergleichen inhibitorische Protestation erlauben würde. Die Worte der hierher gehörigen Novelle 88. Kap. 1 lauten nach der Hombergkischen Uebersetzung folgendermassen: Si quis ab aliquo pecuniam, vel alias quasdem res *depositi nomine* sub quibusdam conditionibus accipiat, illaeque impleantur, omnino illi necesse sit, conditionibus semel impletis, pecuniam vel res restituere, *neque ulla plane ratione quibusdam liceat denunciationibus extrinsecus uti, et depositi restitutionem inhibere*, cui multa etiam alia privilegia tum ab ante-

22) Man vergleiche hier vorzüglich LYNCKER Disp. de privilegiis depositi Th. 33—37.

23) *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 11. §. ult. Cod. h. t. nr. 11 et 12.

anterioribus legislatoribus, tum etiam a nobis ipsis data sunt. Licet enim illi, qui restitutionem prohibet, non molestare eum, cui depositum creditum est, illum vero, qui pecuniam aut res, de quibus lis est, accepturus est, convenire, et ius suum secundum legem consequi: non autem ex hac causa maena damna ei inferat, cui denunciatum est, cogatque eum vel defensiones petere, vel res habere, et ut erga deponentem, neque si velit, gratus esse possit. Si vere tale quid nihilominus fecerit (neque enim sola delictorum prohibitione contentum esse, sed et iustum timorem transgressoribus incutere oportet) sive res aut pecunias perire, sive alium quemlibet casum fortuitum existere contigerit, idque probaverit, hoc ad ipsum, qui denunciationem misit, pertineat, et praeterea is, a quo ista denunciatio facta est, usuram pecuniae usque ad tertiam centesimae illi praestet, qui sua accipere prohibitus est: non solum si pecunia deposita est, eaque reddi prohibeatur, sed etiam si aliae res depositae sint: ut homines huius metu a vanis simul, et invidiosis ingratisque detentionibus abstineant. Nach dieser neuern Verordnung ist es also keinem Gläubiger des Deponenten mehr erlaubt, dem Depositar die Rückgabe des Depositums zu verbieten; er darf auch den Depositar nicht nöthigen, von dem Hinterleger eine Cautionsleistung wegen der Vertretung zu fordern: sondern der Depositar soll, ohne sich an die Protestation, oder das Verbot des Dritten zu kehren, die bey ihm hinterlegte Sache dem Deponenten sofort restituiren, und der Dritte mit seiner Forderung lediglich an den Hinterleger verwiesen werden. Wird dennoch, dem Gesetz zuwider,

von einem Dritten, einer vermeintlichen Forderung wegen, ein Verbot eingelegt, so soll derselbe nicht nur die Gefahr tragen, wenn durch diese Verzögerung die deponirte Sache Schaden leidet, oder gar verlohren gehen sollte, sondern auch zur weitern Entschädigung des Hinterlegers vier von hundert an Zinsen bezahlen. **Cujaz**[24]), **Giphan**[25]), **Perez**[26]), **Rittershausen**[27]) und andere wollen zwar behaupten, daß durch diese Novelle die *L.* 11. §. *ult. Cod. h. t.* nicht schlechterdings aufgehoben sey, sondern nur Strafen wären bestimmt worden. Allein die klaren Worte des Gesetzes widerlegen diese Meinung hinlänglich[28]). Es ist jedoch zu bemerken, daß die Novelle 88. blos von solchen Denunciationen oder Inhibitionen redet, welche von einer persona extranea geschehen, die an der deponirten Sache selbst keinen Anspruch hat, sondern nur sonst Gläubiger des Deponenten zu seyn behauptet[29]). Denn wenn der Eigenthümer seine Sache vindicirt, so kann er dem Depositar allerdings verbieten, die Sache dem

24) Exposit. Novellar. ad Nov. 88.

25) Explanat. difficilior. Legg. Cod. Iustin. ad L. 11. Cod. h. t. P. I. pag. 291.

26) Praelect. in Cod. Lib IV. Tit. 34. nr. 14 et 15.

27) Iure Iustinian. P. III. Cap. 1. nr. 10. pag. 142.

28) S. *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. VII. cap. 4. pag. 475. b. *Pet.* GUDELINUS Commentarior. de iure novissimo Lib. III. cap. 2. pag. 117. und LYNCKER Disp. de privilegiis depositi. Th. 35.

29) *Hug* DONELLUS Commentar. ad Auth. *Sed iam cautum.* Cod. h. t. nr. 2. pag. 263. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVII. not. b.

dem Hinterleger zurückzugeben [30]). Das Gesetz redet auch überhaupt nur von aussergerichtlichen oder Privat-Einsprüchen. Es findet daher keine Anwendung, wenn die Obrigkeit die deponirte Sache mit Arrest belegt [31]). Noch weniger darf c) die Rückgabe der deponirten Sache durch die Einrede, daß der Deponent nicht Eigenthümer sey, abgelehnet werden. Die Redlichkeit und Treue, welche man von dem Depositar erwartet, geht so weit, daß er sogar dem Diebe oder Räuber die Sachen, die ihm von demselben zur Verwahrung gegeben worden sind, zu restituiren verpflichtet ist. Es müßte denn der wahre Eigenthümer Einspruch thun. Hier erfordert es die Gerechtigkeit, die Sache dem zurückzugeben, welchem sie gehört. Folgende merkwürdige Stelle des **Tryphonins** verdient hier einen Platz.

L. 31. §. 1. *D. h. t.* Incurrit hic et alia inspectio, an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus adsumto aestimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet; exempli loco, latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Sejum inscium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is, qui dedit. Si totius rei aequitatem, que

30) *L. 9. in fin. D. de rei vindicat.* LYNCKER cit. Diss. Th. 36.

31) *L. 15. §. ult. D. de re iudic. Christph. Phil.* RICHTER Exposit. omnium Authenticar. ad Auth. *Sed iam cautum* Cod. h. t. nr. 17. et 18. und LYNCKER cit. Disp. Th. 37.

ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quo [32]) facta scelestissimo adempta sunt. Et probo, *hanc esse iustitiam, quae suam cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione.* Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et MARCELLUS in praedone et fure scribit.

Schützt jedoch der Depositar die Einrede vor, daß ihm das Eigenthum der Sache zustehe, so kommt es darauf an, ob er diese Einrede sofort liquid machen kann, oder nicht. In dem letztern Falle muß der Depositar, seiner Einwendung ungeachtet, zur Herausgabe der Sache verurtheilt werden. Denn ist der Contract an sich ausser Zweifel, vorausgesetzt, daß aus demselben auch geklagt wird, so kann der Depositar einseitig die causa possessionis

32) Statt *quo* lesen Haloander und Baudoza *quae*. Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe des Corpus iur. civ. will *quod* lesen, welches denn soviel als quia bedeuten soll. Allein richtiger bemerkt *Gerb.* NOODT in Commentar. in Dig. h. t. §. *Sed revertor* Tom. II. *Oper.* pag. 360. daß für quo vielmehr *quoi* oder *cui* gelesen werden müsse. Eben so auch POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. Nr. XI. not. a. pag. 452. und *Hugo* GROTIUS in Florum spars ad Ius Iustinian. pag. 161. Denn daß die Alten häufig *quoi* für *cui* schrieben, ist bekannt. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. III. cap. 9. §. 7. pag 441. führt noch ein Beyspiel aus *L. 16. §. 12. D. ad SCtum Trebell.* an, wo auch das *quo* soviel als *cui* heißt. Ihm stimmt auch *Guil. Otto* REITZ in Adnotat. Sporad. bey PÜTTMANN in Opuscul. iurid. ex Observat. miscellan. Batav. in unum volumen collect. pag. 156. bey.

nis eben so wenig ändern, als von dem Hinterleger verlangen, daß die vorgeschützte Einrede erst völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verschoben werde. Er muß vielmehr die Sache dem Deponenten vermöge des Contracts wieder zurückliefern, und erst nachdem durch diese Zurückgabe das contractsmässige Verhältniß, worin er bisher in Beziehung auf die Sache gestanden, wieder aufgehoben worden ist, kann er nunmehr sein vermeintes Eigenthum klagend verfolgen [33]). In dem ersten Falle hingegen kann der Depositar nicht verurtheilt werden. Denn es würde eben so wenig mit der bona fides, worauf **Tryphonin** gleichwohl in der oben angeführten Stelle alles zurückführt, und welche, wie er sagt, aequitatem summam erfordert, als mit der Gerechtigkeit, *quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore petitione*, zu vereinbaren seyn, wenn der Kläger, des gegenseitigen klar erwiesenen Eigenthums ungeachtet, dennoch auf die Herausgabe der Sache bestehen wollte. Die Gesetze betrachten hier das Begehren des Klägers als eine Schikane, welche sie schlechterdings verwerfen. Dolo facit, sagt **Paulus** *L. 8. pr. D. de doli mali et met. except.* qui petit, quod redditurus est. Es fällt ja auch nun, wenn das Eigenthum des Beklagten liquid ist, aller Grund der Klage weg, weil ein depositum rei suae, wie **Ulpian** lehrt *L. 45. pr. D. de div. reg. iuris*, an sich nichtig ist. Dennoch behauptet einer

33) S. Ad. Dietr. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 89. folgg.

ner unserer berühmtesten Civilisten [34]), der Depositar könne sich auch nicht einmal durch die, selbst sofort liquide Einrede des Eigenthums, der Restitution der Sache entziehen. Die *L.* 31. §. 1. *D. h. t.* redet zwar freilich nur von dem Fall, da der Eigenthümer der Sache es mit einem Diebe oder Räuber zu thun hat. Allein daß auch derjenige zur Herausgabe nicht angehalten werden könne, welcher unwissend seine eigene Sache als ein Depositum empfieng, sagt nicht nur **Tryphonin** noch nachher in derselben Stelle, wie auch schon der große **Hugo Grotius** [35]) bemerkt hat, sondern eben dieses bestättiget auch **Julian** in der schon an einem andern Orte [36]) angeführten *L.* 15. *D. h. t.* Unmöglich kann also wohl **Justinian** in der *L.* 11. *pr. Cod. h. t.* das Gegentheil haben verordnen wollen. Will man auch unter den Worten: *quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel* IN REM; *vel hypothecariam praetendens*, den Fall mit begreifen, wenn der Depositar einen eigenthümlichen Anspruch an der hinterlegten Sache macht, so kann doch von dieser Vorschrift, wenn sie nicht den bekanntesten Rechtsprincipien entgegenstreiten, ja mit sich selbst im Widerspruche stehen soll, (denn man erwäge nur die Worte: ut non contractus, qui *ex bona fide* oritur, *ad perfidiam* retrahatur) nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn das vorgeschützte Eigenthum noch illiquid ist.

34) **Thibaut** System des Pand. Rechts 2. Band §. 892. Allein man sehe **Webers** angef. Beiträge. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 100. ff.

35) De iure belli ac pacis Lib. II. cap. 10. §. 4.

36) Siehe oben §. 939. S. 149.

ist. *Quia non est ex fide bona*, sagt **Tryphonin** in der oben angeführten Stelle, *rem suam dominum* PRAEDONI (wofür ist denn wohl der Hinterleger anders zu halten, welcher, des gegenseitigen klar erwiesenen Eigenthums ungeachtet, dennoch die Herausgabe der Sache verlangt?) *restituere compelli.* — *Nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino, sua ipsius res, quasi aliena, servanda detur.* Endlich soll auch d) das Retentionsrecht beym Depositum nicht Statt finden, d. i. der Depositar ist nicht befugt, wegen einer an den Hinterleger habenden Forderung die deponirte Sache so lange zurückzuhalten, bis er von dem Deponenten befriediget worden ist. In der *L.* 11. *Cod. h. t.* heißt es ausdrücklich: cum non sub hoc modo depositum acceperit, *ut non concessa ei retentio generetur*, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Es entsteht hier die sehr streitige Rechtsfrage, ob der Depositar nicht wegen der verwendeten nothwendigen Kosten das Retentionsrecht an der deponirten Sache auszuüben befugt sey? Viele Rechtsgelehrten [37]) tragen kein Bedenken,

37) BACHOV Notae et Animadvers. ad *Treutlerum.* Vol. I. Disputat. XXVI. Th 5. lit. B. et C. VINNIUS Select. iuris Quaestion Lib. I cap. 51. WISSENBACH Exercitat. ad Pand Vol. I. Disputat. XXXI Th 15. STRUV Synt. iur civ. Exercit. XXI. Th. 44. et MÜLLER ad *Eundem.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13 LYNCKER Disp. de privilegiis depositi Th. 24. *Matth. Ben.* HERING Diss. de retentione in deposito licita. *Rostochii 1741.* §. 23. et 24. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect II. cap. 8. §. 29 et CARRACH in Adnotation. ad *Eundem* pag. 307. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 33. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de iure retentionis §. 8. (in *Elect.*

ken, ihm solches in dem bemerkten Falle zu gestatten, und diese Meinung hat auch wirklich nicht unerhebliche Gründe für sich. Man sagt, es ergebe sich 1) schon aus dem Grunde des Gesetzes, daß die Vorschrift desselben auf den gegenwärtigen Fall gar nicht gezogen werden könne, weil die Retention, welche der Depositar wegen der verwendeten nothwendigen Kosten ausübt, in der Sache selbst gegründet sey. Denn da durch diese Kosten die deponirte Sache erhalten worden, welche ausserdem zu Grunde gegangen seyn würde; so sey hier immer die Einwilligung des Hinterlegers zu vermuthen. Solche Kosten machten daher gewissermassen einen Theil der Sache aus, ja es werde dadurch, eben so, wie bey dem sonst gleichfalls sehr begünstigten Heyrathsgute, die Sache ipso iure vermindert [38]. Man könne also hier nicht sagen, daß der Depositar, welcher sich, um zu seiner Entschädigung zu gelangen, der Retention bedient, wider Treu und Glauben handle. Hierzu komme aber noch insonderheit 2) daß dem Depositar dieser Kosten wegen einer Klage (actio depositi contraria) zustehe [39]. Nun sey es eine allgemeine Regel, daß

Elem. iuris civ. Tom. II. pag. 628. sq.) *Frid. Gottl.* ZOLLER Exercit. iur. Quaest. Quando depositario competat ius retentionis in deposito, contin. *Lipsiae* 1775. §. 7. Gebr. Overbek Meditationen über verschied. Rechtsmaterien 2. B. Medit. 107. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. I. §. 2. pag. 527. und Faselius vom Retentionsrecht §. 19. Not. d.

38) Arg. *L. 5. pr. D. de impensis in res dotales fact.*

39) *L. 23. D. h. t.* Actione depositi conventus, servo constituto, cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur. Daß durch die letztern Worte auf die actio depositi contraria

daß man solcher Forderungen wegen, die man durch eine Gegenklage erhalten kann, die Sache zu retiniren befugt

traria hingedeutet werde, behauptet mit Recht Cujaz in Modestino ad h. L. 23. (*Oper.* Tom. V.) Denn ohne Zweifel ist diese Stelle von einem solchen Depositar zu verstehen, der die ihm zur Verwahrung gegebene Sache schon wieder restituirt hat. Eben so versteht diese Stelle auch der Scholiast der Basiliken (*τὴν κοντραρίαν δεποσίτε κινει* etc.) Tom. II. *Basilicor.* pag. 123. not. c. Nur die Worte *servo constituto* haben keinen richtigen Sinn. Cujaz in Recitat. ad Modestini different. h. L. hält sie für einen falschen Zusatz, welcher nicht vom Modestin herrühre, und daher wegzustreichen sey. Diese Muthmaßung wird auch durch die *Collatio Legg. Mosaicar et Rom.* Tit. X. §. 2. (in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag 769.) unterstützt, in welcher die Stelle Modestins in ihrem Zusammenhange zu lesen ist, und so lautet: *Actione depositi conventus, cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur: at is, cui res commodata est, improbe cibariorum exactionem intendit.* Der Meinung des Cujaz stimmt auch *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. in fin. bey. Allein daß jene Worte ganz unächt seyn sollten, läßt sich, wie auch *Jo. van* NISPEN in Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestin IX. libris Differentiarum supersunt. Cap. 3. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Volum. I. Tom. I. pag. 25.) schon bemerkt hat, nicht füglich annehmen, wenn man damit die *Basilica* Tom. II. pag 98. vergleicht, wo die Stelle so lautet: Ὁ *ἐναγόμενος περὶ δούλε τῇ περὶ παραθήκης ἀγωγῇ*, etc. *Conventus actione depositi ex causa servi depositi.* Statt also die Worte *servo constituto* ganz wegzustreichen, hat sich die Kritik bemühet, durch Emendation derselben einen richtigen Sinn herzustellen. Pithou in Not. ad Collat. LL. Mos. et Rom. will daher *servo restituto* lesen. Eben so auch Anton Faber in Rational. in Pand. ad h. L. und PO-

THIER

fugt sey, wenn die Herausgabe derselben durch die actio directa verlangt wird [40]). Daß diese Meinung nach dem Rechte der Pandecten sich vollkommen vertheidigen läßt, und von den römischen Rechtsgelehrten selbst, als eine unbestrittene Wahrheit, behauptet worden, ist keinem Zweifel unterworffen. In der *Collatio Legum Mosaicar. et Romanar.* Tit. X. §. 2. kommt eine sehr merkwürdige Stelle aus Modestins *libro Differentiarum secundo* vor, aus welchem die *L.* 23. *D. h. t.* genommen ist, welche folgendermaßen lautet: Respondit, deposita si subripiatur, dominus (sc. depositae rei) habet furti actionem, *quamvis, apud quem res deposita est, intersit ob impensas in rem factas se retinere* [41]). Allein die Frage ist, ob nicht dieses ältere Recht, durch die *L.* 11. *Cod. h. t.* sey aufgehoben worden? Ich muß gestehen, daß die für die verneinende Meinung oben angeführten Gründe nicht ganz überzeugend sind. Das Gesetz verwirft schlechterdings alle und jede Einwendungen, wodurch die dem Depositar zur Pflicht gemachte augenblickliche Zurückgabe der Sa-

THIER in Pand. Iustinian. Tom. I. Nr. LVI. not. f. Andere hingegen, nämlich Bynkershök in dem Gebauerischen Corpus iuris ad h. L. 23. *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. academicor. ad Pand. Diss. hebdom. XV. §. 10. und *van* NISPEN in cit. Differt. Cap. 3. pag. 25. lesen *servo constitutorum cibariorum nomine.* Daß der Ausdruck *constituere* bey Alimenten sehr gebräuchlich sey, hat keinen Zweifel. *L.* 5. §. 10. *D. de agnosc. et alend. lib.*

40) *L.* 18. §. *ult. D. Commod. L.* 15. §. 2. *D. de furtis.*

41) S. *Ant.* SCHULTING Iurisp. Antejust. pag. 769. not. 19. und *Io.* CANNEGIETER ad Collat. LL. Mosaic. et Rom. Tit. X.

Sache aufgehalten wird, ja es wird nämentlich verordnet, daß wider den Willen des Hinterlegers durchaus kein Zurückhaltungsrecht Statt finden solle. Hat der Depositar eine Gegenforderung, so soll er sie durch die ihm deshalb zustehende Klage verfolgen. *Sed depositae quidem res quam celerrime, sine aliquo obstaculo, restituantur, — et postea legitimae actiones integrae quoque ei reserventur.* Daß hierunter auch die actio depositi contraria mit begriffen sey, leidet also wohl nach dem Geist des Gesetzes keinen Zweifel. Wollte nun der Depositar dennoch wegen der aufgewendeten Kosten das Retentionsrecht an der hinterlegten Sache ausüben, so würde er offenbar gegen die Pflicht der unverbrüchlichen Treue handeln, welche ihm die Heiligkeit des Hinterlegungscontracts auflegt, und worauf das Gesetz hier alles zurückführt. Es paßt also der Grund des Gesetzes vollkommen auf den gegenwärtigen Fall, und es ist nun wohl erklärbar, warum **Tribonian** die oben angeführte Stelle des **Herennius Modestinus**, in welcher dem Depositar, der aufgewandten Kosten wegen, das Retentionsrecht gestattet wird, in die Pandecten nicht aufgenommen hat. Hiermit verliert nun auch die sonst allgemeine Regel, nach welcher derjenige, dem eine Gegenklage zusteht, sich auch des Retentionsrechts bedienen könne, wenn die Herausgabe einer Sache durch eine actio directa von ihm verlangt wird, auf den gegenwärtigen Fall ihre Anwendbarkeit. Nach einer richtigern Theorie verdient also wohl die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [42]) den Vorzug, welche dem Depositar

42) *Hug.* DONELLUS in Comm. ad L. 11. Cod. h. t. nr. 9. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. *Henr.* ZOESIUS Comment. ad

tar auch wegen der verwendeten selbst nothwendigen Kosten das Retentionsrecht versagen. Gleichwohl erlaubt der Gerichtsgebrauch dem Depositar der Billigkeit wegen das Retentionsrecht alsdann, a) wenn derselbe Schaden durch das Depositum erlitten, oder b) solche Kosten auf die hinterlegte Sache verwendet hat, um welcher willen ihm die actio depositi contraria zusteht, sie mögen nothwendige, oder auch nur nützliche seyn, wenn nur die letzteren mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Hinterlegers sind verwendet worden [43]).

Die Restitution geschieht übrigens an dem Orte, wo sich die Sache zur Zeit der Zurückforderung befindet, wenn sie auch dem Depositar nicht gerade an diesem Orte wäre zur Verwahrung übergeben worden. Es muß ihm nur

ad Dig. h. t. nr. 29. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 37. HAHN Observat. ad *Wesenbecium* h. t. nr. 5. BOECKELMANN Tract. de actionib. pag. 210. SCHULTING Thes. controv. Decad. LIX. Th. 7. MENCKE Gymnas. polem. iur. Disp. VI. Th. 24. *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. controv. de retentione illicita in deposito. *Lipsiae* 1778. *Dan.* NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari. §. 67. et 68. *Phil. Iac.* HEISLER Diss. de iure retentionis. §. 30. Christ. Heinr. Göttl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Betracht. 25. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 13. not. u.

43) S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 60. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. MEVIUS P. II. Decis. 56. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. not. 4. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 788. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1883.

nur deshalb kein Dolus zur Last fallen, daß sich die Sache an einem andern Orte befindet. Ist ein von dem der Hinterlegung entfernter Ort für die Zurückgabe der Sache bestimmt, so trägt der Hinterleger die Kosten des Transports. Ist kein Ort bestimmt, der Hinterleger verlangt aber, daß die Sache an einen bestimmten Ort hingeschaft werden solle; so ist ihm zwar hierin zu willfahren, allein der Transport geschieht auf seine Gefahr und Kosten.

L. 12. *D. h. t.* Si in Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, videtur id actum, ut non impensa eius id fiat, apud quem depositum sit, sed eius, qui deposuit.

L. 12. §. 1. *D. eodem.* Depositum *eo loco* restitui debet, *in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest.* Eadem dicenda sunt communiter, et in omnibus bonae fidei iudiciis. *Sed dicendum est, si velit actor suis impensis, suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit: quoniam et in ad exhibendum actione id servatur* [44]).

Wenn

44) Die ganze letzte Periode dieser Gesetzstelle hält *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. für einen Tribonianismus. Denn unmöglich werde Pomponius geschrieben haben *in ad exhibendum actione*, sondern *in actione ad exhibendum.* Denn das Erstere sey ein Gräcismus. Als wenn Gräcismen so was Ungewöhnliches im Styl der ältern römischen Rechtsgelehrten wären! Man sehe doch *Ant.* AUGUSTINUS lib. II. Emendation. cap. 1. In der Sache selbst aber soll es eine beschwerende Zumuthung für den Depositar seyn, die er sich nicht brauche gefallen zu lassen, nämlich daß er die Sache an einen dritten Ort, NB. ohne

Wenn der Depositar die ihm obliegenden Pflichten vorsetzlich nicht erfüllt, und sich daher eines Betrugs schuldig macht, so wird er infam [45]). Es gehören hierher folgende Fälle. 1) Wenn er die Zurückgabe der deponirten Sache ohne alle Ursache verweigert [46]); oder 2) das Depositum gänzlich ableugnet [47]); oder 3) die Sache vorsätzlich verdirbt [48]); oder 4) dieselbe heimlich veräussert [49]), oder 5) in seinen Nutzen verwendet. [50]). Ob nicht auch schon erwiesene culpa lata den Depositar infamire, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere Rechtsgelehrten [51]) wollen auch hierin die culpa lata dem Dolus gleichachten, weil

ohne seinen Schaden, auf Gefahr und Kosten des Hinterlegers schicken soll. Ein so seichtes Argument bedarf gar keiner Widerlegung. S. *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. pag. 592.

45) *L.* 1. *L.* 6 §. 6. *D. de his, qui not. infam. L.* 10. *Cod. h. t.* Qui depositum non restituit, suo nomine conventus et condemnatus, ad eius restitutionem *cum infamiae periculo* urgetur.

46) *L.* 1. §. 22. *D. h. t.*

47) *L.* 13. *pr. D. h. t.*

48) *L.* 1. §. 16. *D. h. t.*

49) *L.* 1. §. 25. *D. h. t. L.* 1. §. *fin. eodem. L.* 7. *et* 8. *Cod. eodem.*

50) *L.* 3. *Cod. h. t.*

51) *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XVI. cap. 7. et Libro XVIII. cap. 8. *Ger.* NOODT Probabil. iuris Lib. I. cap. 13. §. 11. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. III. Tit. 2. §. 2. *Arn.* VINNIUS Commentar. ad Institut. Lib. I. Tit. 26. §. 6. nr. 3. *Ian. a* COSTA in Comm. ad Instit. eod. loc. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. III. Tit. 2. Qu. 2. u. a. m.

weil nicht nur Celsus *L.* 32. *D. h. t.* den Satz: *latam culpam dolum esse*, als eine gar nicht zu bezweifelnde Wahrheit bestätige, sondern auch Cajus. *L.* 1. §. 5. *D. de obligat. et act.* ausdrücklich lehre, *magnam negligentiam in doli crimen cadere*: und daß auch in caussis famosis diese Gleichstellung von den römischen Juristen sey angenommen worden, erhelle aus mehreren Gesetzstellen [52]. Nach den Gesetzen der Pandecten ist wohl die Meinung mit Grund nicht zu bestreiten. Allein in dem neuern römischen Recht ist diese Strenge gemildert, wie schon an einem andern Orte [53]) gezeigt worden, und h. z. T. ist man vollends darin einverstanden, daß ein wenn gleich grobes Versehen in Straffällen dem bösen Vorsatz nicht gleichzuachten sey [54]). Soll übrigens die Strafe der Infamie von Wirkung seyn, so muß ausdrücklich darauf erkannt werden [55]). Die Wirkung dieser Strafe ist jedoch nicht die, welche mit der deutschen Ehrlosigkeit verknüpft ist, denn der römische infamis ist kein Deutscher ehrloser [56]); sondern der Depositar, der durch Begehung eines

52) *L.* 11. §. *ult. D. de his, qui not. infam. L.* 7. §. 1. *D. de susp. tutor. L.* 42. *D. de Verbor. Signif.*

53) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 375. und §. 380. S. 195. f. *Ev.* OTTO u. *Em.* MERILLIUS in Comm. ad §. 6. I. de susp. tutor.

54) S. Kleinschrod's syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 30.

55) *L.* 1. *L.* 7. *D. de his, qui not. infam.* S. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 322. et 323. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 782.

56) S. Hagemeister über den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen infamia und deutschen Ehrlosigkeit, in Hugo civilist. Magazin 3. Bandes 2. Stück. S. 163. ff.

nes Betrugs den Beweis seiner Unrechtlichkeit gegeben, hat sich dadurch aller vorzüglichen Ehrenrechte im Staat verlustig, und eines besondern öffentlichen Vertrauens unwürdig gemacht [57]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche kann jedoch der Richter, wenn eine rechtmässige Ursache dazu vorhanden ist, dem Depositar in dem Urtheile die Ehre vorbehalten [58]); so wie nicht minder durch einen noch vor der Verurtheilung mit dem Hinterleger geschlossenen Vergleich [59]), oder durch eine erfolgte Entschädigung desselben die Strafe der Infamie abgewendet werden kann [60]).

§. 945.

Depositum miserabile.

Geschieht die Hinterlegung im Falle einer dringenden Noth, nämlich bey einer entstandenen Feuers- Wassers- oder Kriegsgefahr, so wird sie, zwar nicht in den Gesetzen, aber doch in der nicht ganz unpassenden Sprache der

57) S. CARPZOV Iurispr. for. P. IV. Const. 45. Def. 10. RICHTER P. II. Decis. 80. nr. 35. und Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 71.

58) *Frid. Christ.* HARPPRECHT Diss. de expressa honoris in sententia iudicis reservatione. §. 28. in EIUS *Dissertat. academ.* Vol. I. Nr. XII. pag. 433. *Dav.* MEVIUS Decision. P. II. Decis. 340. und P. V. Decis. 367. Man sehe jedoch Kleinschrod's angef. Entwickelung 3. Th. §. 90.

59) *L. 7. D. de his. qui not. infam.* S. den 5. Th. dieses Commentars §. 381.

60) S. *Sam.* STRYK de cautel. contract. Sect. II. cap. 3. §. 14.

der heutigen Rechtsgelehrten, *depositum miserabile* [61]), ausser diesem Falle aber *depositum simplex* genennt. Nach dem Edict des Prätors sollte zwischen diesen beyden Arten des Depositums der Unterschied Statt finden, daß gegen einen solchen Depositar, der mit einem deposito miserabili unredlich umgieng, auf das Duplum, gegen einen andern aber nur auf das Simplum sollte geklagt werden können. Die Worte des Edicts, so wie sie uns Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* aufbehalten hat, lauten folgendermassen: Praetor ait: *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum; in heredem eius; quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipsius, in duplum iudicium dabo.* Der Prätor milderte hierdurch die Strenge der Zwölfftafelgesetze, nach welchen jeder Betrug, dessen sich der Depositar schuldig machte, die Strafe des Duplums nach sich zog [62]). Paulus

61) *Pet.* MÜLLER Diss. de deposito miserabili. *Ienae* 1680. *rec.* 1714. *Lud. Christoph.* KANNENGIESSER Diss. de receptu rerum miserabilium. *Duisburgi* 1735. und *Sam. Frid.* WILLENBERG Exercit. de deposito miserabili. in *Eiusdem* Select. iurisprud. civ. P. II. Exerc. 33. pag. 561. sqq.

62) *Iac.* GOTHOFREDUS hat in seinen Quatuor fontib. iuris civ. bey OTTO *in Thes. iuris Rom.* Tom. III. das hierher gehörige Fragment der Zwölftafelgesetze in Tab. 3. auf folgende Art restituirt: *Si quid endo Deposito dolo malo factum escit, duplione luito.* Die Gesetze der zwölf Tafeln bestraften überhaupt jede Untreue mit dem Duplum. *L.* 55. §. 1. *D. de administr. tutor.* Die Verordnung in der 3. Gesetztafel stammt aus den Ge=

lus in *Sententiis receptis* Lib. II. Tit. 12. §. 11. [63]) giebt uns hierüber den Beweis, wenn er sagt: Ex causa depositi *lege duodecim Tabularum* in duplum actio datur; *edicto Praetoris* in simplum. Ulpian aber belehrt uns noch weiter über den Grund des prätorischen Edicts, wenn er *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* sagt: Merito has causas deponendi separavit Praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem. Mit Recht, sagt Ulpian, unterscheide der Prätor zwischen jenen beyden Arten des Depositums. Denn bey einem gemeinen Depositum hat der Hinterleger Zeit zur Ueberlegung. Er kann sich den Freund wählen, zu dem er das Vertrauen hat, daß er ihm seine Sachen wohl verwahren werde. Allein in der Bestürzung, in welcher man sich im Falle einer bevorstehenden Gefahr befindet, erlaube die dringende Noth keine lange Besinnung. Zwar ist es in jedem Falle schändlich, ein Depositum zu veruntreuen [64]). Denn ein an-

ver-

Gesetzen der Athenienser her. S. *Iul.* POLLUX Onomast. Lib. VIII. cap. 6.

63) S. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag 281. Die Stelle des Paulus ist aus der *Collatio Legum Mosaicar. et Rom.* Tit X. §. 7. in fin. S. SCHULTING c. l. pag. 771.

64) SENECA *de Beneficiis* Lib. IV. cap. 70. sagt: Depositum reddere, per se expetenda res est. Die Alten glaubten, wer ein Depositum nicht wieder zurückgebe, den würden selbst die Götter mit ihrer Rache verfolgen, und ihn durch äusserliche Verunstaltung, als einen schändlichen Menschen, auszeichnen. Gundling in seiner Abhandlung, warum die Römer die Ableugnung des Depositums so scharf bestraft? in *Gundlingianis* 1. St. Nr. VIII. §. 4. S. 182. hat hierüber aus Theocrit und Ju-

vertrautes Gut ist als ein Heiligthum zu betrachten [65]). Wer ein solches unterschlägt, begeht einen Diebstahl [66]). Allein bey einem gemeinen Depositum hat sich doch immer der Hinterleger den Vorwurf zu machen, daß er in der Wahl seines Freundes nicht vorsichtiger war. Dieser Vorwurf trifft hingegen den Deponenten nicht, der in einem dringenden Nothfalle seine Sachen flüchtet, und in der Bestürzung zuweilen vergißt, wem er seine Sachen zur Verwahrung gegeben hat. Hier ist also die Untreue des Depositars größer und strafbarer, als in jenem Falle eines depositi simplicis. Ulpian fügt daher *L.* I. §. 4. *D. h. t.* noch hinzu: Haec autem separatio causarum iustam rationem habet: quippe cum *quis fidem elegit*, nec depositum redditur, contentus esse debet simplo. Cum vero *extante necessitate* [67]) deponat, *crescit perfi-*

Juvenal verschiedene Stellen angeführt. HERODOTUS Lib. VI. Histor. cap. 87. erzählt von einem solchen Betrüger, daß er mit seiner ganzen Familie umgekommen sey, und zieht hieraus die Moral: ὅτω ἀγαθὸν μη δέ διανοέεσθαι περὶ παρακαταθήκης ἄλλόγε, ἤ ἀπαιτεόντων ἀποδιδόναι. e. i. *Ita bonum est, nihil aliud de deposito cogitare, quam ut repetentibus reddatur.* PLINIUS rühmt daher *Lib. X. Ep.* 97. vorzüglich von den Christen seiner Zeit: se sacramento non in scelus aliquod obstringere, sed ne furta, ne latrocinium, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, *ne depositum appellati abnegarent.*

65) JUVENAL *Satyr.* 13, *v.* 10. legt daher dem depositum den Beynamen sacrum bey, und nennt die Veruntreuung desselben *crimen violatae fidei.*

66) *L.* 29. *pr. D. h. t.*

67) Unser *Cod. Pand. Erlang.* lieset hier *exigente necessitate. Io. Guil.* HOFFMANN Meletemat. et Observat. ad Pand. Diss. XV. §. 8.

diae crimen: et publica utilitas coercenda est [68]), vindican-

§. 8. will *ex tanta necessitate* lesen. Eben so schon längst vor ihm *Pet.* DUIRSEMA Conjectural. iur. civ. Lib. II. cap. 2. §. 3. Allein ich finde keinen hinreichenden Grund, von der florentischen Leseart abzugehen.

68) Daß die Worte: *et publica utilitas coercenda est vindicanda reipublicae causa*, keinen richtigen Sinn haben, leuchtet in die Augen. Wie aber die wahre Leseart herzustellen sey, ist ein Problem, bey dessen Auflösung die Kritik alles versucht hat, was Kunst und Scharfsinn vermag. Die Emendationen eines Cujaz, Robert, Connanus, Ferdinand Arias de Mesa, Duarens und Lyclama von Nieholt hat *Io. van de* WATER in Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 3. bereits geprüft, aber alle verworffen. Er selbst, auf die Erklärung des griechischen Scholiasten in den Basiliken Tom. II. pag. 108. not. b. gestützt, ist der Meinung, daß der wahre Sinn Ulpians vollkommener getroffen seyn werde, wenn man die Leseart auf folgende Art ändert: *ob publicam utilitatem coërcendum* (sc. perfidiae crimen), *et vindicandum reipublicae causa.* Allein andern mißfällt die hier sichtbare Tautologie. Diese, sagen sie, könne vermieden werden, wenn man annimmt, daß vielleicht Ulpian so geschrieben haben könne: *et publica calamitas coërcenda, et vindicanda est reipublicae causa*, welches dann den Sinn habe: res publice damnosa, poena imposita, impedienda est, in gratiam reipublicae. Dieß ist der sinnreiche Einfall eines *Georg* D'ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. II. cap. 15. pag. 314. den aber auch schon vor ihm *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA In Comm. ad Leg. Aquil. Lib. III. cap. 5. nr. 6. (in *Thes. Meerm.* Tom. II) hatte. *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Codicem pag. 111. glaubt hier einen neuen Beweis zur Unterstützung seiner Hypothese zu finden, daß wir nicht die lateinischen Original-Pandecten hätten, sondern eine bloße lateinische Uebersetzung von einer griechischen Version derselben.

candae reipublicae causa: est enim inutile [69]), in causis

selben. In der griechischen Uebersetzung sey vielleicht das Wort *ἀμύνασθαι* gebraucht worden. Dieses bedeutet nun zwar auch soviel, als *coërcere*, allein es heisse auch soviel als *defendere*. Letztere Bedeutung hätte hier eigentlich gewählt werden sollen. Der Fehler liege also blos in der Uebersetzung. Allein da diese Grille des Jensius schon von Bach in seiner unpartheyischen Kritik über jurist. Schriften 1. B. S. 167. gründlich genug widerlegt worden ist, so ist hierüber kein Wort weiter zu verlieren. Viel sinnreicher ist die Conjectur des *Io. Guil.* HOFFMANN Meletemat. acad. ad Pand. Diss. XV. §. 8. welcher die Worte auf folgende Art emendirt: *crescit perfidiae crimen et publica utilitas: coërcenda et vindicanda reipublicae causa.* Der Sinn sey nun ganz natürlich der, je größer eine solche Untreue von Seiten des Depositars ist, je größer werde das Interesse des Staats, ein solches Verbrechen zu bestrafen, und dadurch das gemeine Wohl des Staats zu sichern. Unter allen den wenigsten Beyfall verdient gewiß der Bynkershöckische Versuch in der Gebauerischen Ausgabe des Corp. iuris civ. welcher die Worte so ändert: *publica utilitas vindicanda est coërcendae reipublicae causa.* Es ist jedoch der Mühe werth, hierüber noch die verschiedenen Lesearten in den vorzüglichsten Ausgaben der Pandecten zu vergleichen. Hier verdient gewiß die Haloandrische den ersten Platz, in welcher die Worte so lauten: *et publica utilitas coërcendo vindicanda est reipublicae causa.* Eben so lieset auch Vintimillius; und dieser Leseart giebt *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. pag. 588. unter allen den Vorzug. Sie scheint jedoch mehr eine Conjectur des Haloanders, als auf die Auctorität aller Handschriften gestützt zu seyn. Diese aber hat die Leseart des Petrus ab Area Baudoza Cestius für sich, *et publica utilitate coercendum est* (sc. perfidiae crimen) *vindicandae reipublicae causa.* Denn gerade so lieset auch unser *Cod. Pand. Erlang.* Sollte die in den Wor-

fis huiusmodi fidem frangere. Ob das Prätorische Edict nur von der Abläugnung des Depositums gehandelt, oder jeden Betrug beym deposito miserabili mit der Strafe des Duplums belegt habe, ist streitig. Mehrere [70]) behaupten das Erstere. Allein das Letztere ist unstreitig der Wahrheit gemäßer [71]). Soviel ist indessen gewiß, daß die römischen Rechtsgelehrten, welche das Prätorische Edict erklärt haben, dasselbe blos auf den Fall einschränkten, wenn der Depositar ein solches Depositum betrüglich abläugnet [72]), und diese Meinung nahm nachher auch **Justinian** an, wie aus dem §. 26. *I. de actionib.* erhellet, wo es heißt: at illae

Worten dieser Leseart liegende Tautologie einigen Anstoß verursachen, so bemerke ich, daß dergleichen in unsern Gesetzen und selbst in den Fragmenten des **Ulpians** gar nichts Ungewöhnliches sind, wie *Ger.* NOODT in Probabil. lib. III. cap. 10. und in Commentar. ad Dig. h. t. §. *Tempestivum est*, pag. 368. aus mehreren Beyspielen erwiesen hat.

69) **Haudoza** und **Haloander** haben statt inutile, *incivile*. Allein man kann die florentinische Leseart, mit welcher auch unser *Cod. Pand. Erlang.* übereinstimmt, vollkommen beybehalten. Denn *inutile* heißt hier, quod utilitati publicae repugnat, oder quod noxium et grave est, wie *Franc* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 11. *Ferand.* ADDUENSIS Explication. Lib. I. cap. 18. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 524. et sqq.) und *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. §. 2. pag. 588. aus vielen Stellen der Alten erwiesen haben.

70) *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. *Tempestivum.* pag. 368. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Comm. ad L. Aquil. Lib. III. cap. 5. nr. 6. und BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 13.

71) *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 771. not. 31.

72) S. *Ev.* OTTO Commentar. ad §. 17. I. de actionib.

lae, id est, damni iniuriae ex Lege Aquilia, et *interdum depositi* (sc, miserabilis), *inficiatione duplicantur*: in confitentem autem in simplum dantur. Noch ist zu bemerken, daß die Strafe des Duplums nicht auf die Erben übergeht, wenn die Klage noch nicht gegen den Depositar war angestellt worden. Diese haften nur für das Simplum, und zwar jeder derselben nach dem Verhältniß seines Erbtheils, auch muß die Klage binnen einem Jahre wider sie angestellet werden [73]). Wird hingegen der Depositar selbst auf das Duplum belangt, so ist die Klage eine actio perpetua. Eben so kann auch zuweilen gegen den Erben selbst in perpetuum auf das Duplum geklagt werden, wenn er sich nämlich eines gleichen Dolus schuldig gemacht hat. Denn wenn gleich sonst prätorische Klagen nur ein Jahr dauern [74]); so findet doch hier darum eine Ausnahme Statt, weil die actio depositi auf das Duplum ursprünglich keine prätorische Klage ist, sondern aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herrührt, und also hier eine vom Prätor blos modificirte Civilklage ist [75]). Alles dieses bestätiget **Neratius** *L.* 18. *D. h. t*, wo er sagt: De eo, quod

73) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Deinde ait.* pag. 379. sq. und *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

74) *L.* 35. *D. de Obligat. et Action.*

75) S. HEINECCIUS in Histor. iuris civ. Lib. I. cap. 3. §. 68. Not.*. Noch einen andern Grund führt *God. Lud.* MENCKEN in Introduct. in doctrin. de actionib. for. Comm. Spec. Sect. II. cap. II. Membr. IV. §. 18. pag. 181. an, nämlich der Depositar, welcher ein depositum miserabile abläugnet, sey einem Diebe gleichgeachtet worden, gegen welchen auch die prätorischen Pönalklagen perpetuirlich waren.

quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum est, *in heredem* de dolo mortui actio est pro hereditaria portione, et *in simplum*, et *intra annum* quoque[76]): in *ipsum*[77]), et *in solidum*, et *in duplum*, et

76) Viele wollen zwar diese Worte so verstehen, die Klage gehe gegen den Erben nur auf das Simplum, auch wenn sie binnen einem Jahre wider ihn angestellet wird. Deswegen sey aber doch auch gegen den Erben die Klage eine actio perpetua. S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVI. Err. 4. und in Rational in Pand. ad L. 28. h. t. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LVIII. Th. 7. *Pet.* MÜLLER Diss. de deposito miserabili. Th. 19. Allein der Unterschied, welcher hier zwischen den beyden Fällen, ob die Klage gegen den unschuldigen Erben, oder gegen denjenigen selbst angestellet wird, welcher den Dolus begieng, so bestimmt und deutlich gemacht ist, widerlegt diese Meinung von selbst. Es wäre auch in der That gar kein vernünftiger Grund einzusehen, warum Neratius gesagt haben sollte, die Klage gegen den Erben gehe nur auf das Simplum, auch wenn sie binnen einem Jahre wider ihn angestellet werde, weil ja auch selbst die Klage auf das Duplum nicht auf die Dauer von einem Jahre beschränkt ist. *Iust. Henn.* BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VIII. §. 23 ist zwar anderer Meinung. Er hält die gemeine Leseart für unrichtig, und glaubt, sie müsse auf folgende Art restituirt werden: *in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione; et intra annum quoque in ipsum* (sc. depositarum) *et in solidum, et in duplum: at in simplum in perpetuum datur.* Allein eine so willkührliche und gewaltsame Kritik, welche überdem von aller Auctorität entblößt ist, wird Niemand leicht billigen können. Die gemeine Leseart, in welcher alle Handschriften und Ausgaben übereinstimmen, bestärken noch insonderheit die *Basilica* Tom. II. Lib. XIII. Tit. 2. Const. 18. pag. 98. wo die Worte so lauten: ἀπὸ δὲ τοῦ δόλου αὐτοῦ οἱ κλη-

et *in perpetuum* datur. Ob die Strafe des doppelten Ersatzes bey dem deposito miserabili noch heutigen Tages Statt finde, darüber sind die Practiker verschiedener Meinung. Mehrere [78]) wollen dieses aus dem allgemeinen Grunde läugnen, weil alle römische Privatstrafen in Deutschland ausser Gebrauch wären. Allein daß sich gegen diesen Grund nach einer richtigern Rechtstheorie noch immer viel ei wenden läßt, hat Herr Prof. **Weber** [79]) sehr gründlich gezeigt. Daher behaupten andere Rechtsgelehrten [80]) richtiger, daß die in dem römischen Recht bey

κληρονύμοι αὐτȣ̃ κατὰ τὰ κληρονομιαῖα μέρη καὶ εἰς τὸ ἁπλȣ̃ν καὶ ἐντὸς ἐνιαυτȣ̃ ὁμοίως ἐναγονται. i. e. *de dolo autem eius* (sc. depositarii) *heredes pro hereditaria portione et in simplum et intra annum similiter conveniuntur.* Ich halte daher die von mir mit **Noodt** und **Voet** angenommene Erklärung des Accursius für richtiger.

77) Ob das *in ipsum* auf dem Depositar, oder auf den Erben gehet, welcher sich selbst einer dolosen Abläugnung des Depositums schuldig gemacht hat, ist unter den Auslegern streitig. Die **Basiliken** und **Accursius** erklären diese Worte vom Depositar. Allein in Verbindung mit *L. 1. §. 1. D. h. t.* können sie auch eben so gut von dem **Erben** verstanden werden.

78) GROENEWEGEN ad L. 1. §. 1. D. h. t. THOMASIUS in Diss. de non usu actionum poenalium in foris Germ. §. 41. et 42. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. LUDOVICI Usu pract. distinction. iurid. h. t. Dist. 3. CARRACH Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. pag. 305. ad §. 23.

79) Versuche über das Civilrecht 1. Abh. §. 23. S. 67.

80) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. HARPPRECHT Consultat. crim. et civ. Cons. 3. nr. 50. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. MÜLLER Diss. de deposito miserabili. §. 18. WIL-

bey dem deposito miserabili im Abläugnungsfalle verordnete Strafe des Duplums allerdings auch noch heutzutage Statt finde. Daß jedoch ausser dieser Strafe auch auf die Infamie erkannt werden könne, leidet keinen Zweifel [81]), da dieselbe jeden Betrug des Depositars begleitet [82]).

§. 946.

Klagen aus dem Hinterlegungscontract.

Die Klagen aus dem Hinterlegungscontract sind

I. die *actio depositi directa*, welche von dem Hinterleger oder desselben Erben gegen den Depositar oder desselben Erben auf Zurückgabe der deponirten Sache, mit allem, was dazu gehört, so wie auf Ersatz des mit Vorsatz oder aus groben Versehen verursachten Schadens, im Falle eines abgeläugneten depositi miserabilis aber auf das Duplum, angestellet wird. Diese Klage steht auch sogar einem Diebe und Räuber zu, wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 1. §. 39.

WILLENBERG Diss. eiusd. arg. §. 11. und BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VIII. §. 23. not. y. In vielen deutschen Statuten, und Landrechten ist die Strafe des röm. Rechts ausdrücklich bestätiget; z. B. in der Frankfurtischen, und Nürnbergischen Reformation, ferner in dem Pfälzischen, Badischen, und Wirtembergischen Landrechten. S. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 1. Band. S. 119.

81) S. MÜLLER Diss. cit. Th. 20. und WILLENBERG Exercitat. cit. §. 12.

82) CICERO *Orat. pro Roscio Comoedo cap. 6. et pro Caecinna. cap. 3.*

§. 39. *D. h. t.* sagt: Si praedo vel fur deposuerint, et hoc MARCELLUS *lib. VI. Digestorum* putat, recte depositi acturos: *nam interest eorum, eo quod teneantur.* Man wird wohl nicht glauben, daß dieses zum Vortheil der Diebe und Räuber sey verordnet worden. Nein, die Gesetze hassen vielmehr diejenigen, welche unter diesem Vorwande die Zurückgabe eines Depositums verweigern, und sich selbst eines Diebstahls schuldig machen [83]). Die strengste Pflicht der Treue, welche die Gesetze vom Depositar fordern, bringt es daher mit sich, daß auch dem Diebe und Räuber das Depositum zurückgegeben werde, so lange der wahre Eigenthümer nicht durch seinen Einspruch die Restitution hindert [84]). Zuweilen kann die actio depositi directa utiliter auch von einem Dritten angestellet werden, wenn nämlich der Deponent bey der Hinterlegung die Bedingung machte, daß diesem die Sache restituirt werden solle, oder der Dritte dem Deponenten den Auftrag gegeben hatte, seine Sache einem Andern in Verwahrung zu geben. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 1. §. 11. D. h. t. Si te rogavero, *ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet,* qua actione tecum experiri possum, apud *Pomponium* quaeritur? Et

83) S. *Ant.* MORNACII Observation. in Dig. ad h. L. in *Operib.* Tom. I. pag. 615.

84) *L. 31. §. 1. D. h. t.* S. *Guil.* MARANUS in var. Tractat. iuris civ. Tom. III. *Operum* pag. 121. *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. VII. cap. 4. *Ant. Dad.* ALTESERRA Recit. in Claud. Tryphoninum Tom. I. und *Christ.* RAU Exercitat. iur. civ. ad L. 31. §. 1. D. depositi. *Lipsiae* 1775.

Et putat, tecum *mandati*: cum eo vero, qui eas res receperit, *depositi* [85]).

L. 1. §. 33. *D. eodem.* Eleganter apud *Iulianum* quaeritur, si pecuniam servus apud me deposuit, *ita ut domino pro libertate eius dem* [86]), egoque dedero, an tenear depositi? Et libro XIII. Digestorum scribit, si quidem sic dedero, quasi ad hoc penes me depositam, teque certioravero, non competere tibi depositi actionem.

L. 26. *pr. D. eodem.* Publia Maevia, cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste et instrumentis commendavit Gaiae Sejae, et dixit ei; *cum salva sanave venero, restitues mihi; certe si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi* [87]). Defuncta ea intestata, desidero, res com-

85) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

86) So ist richtiger statt *eiusdem* zu lesen. S. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges. Cap. I. pag. 10 (edit. *Neuhaus Lipsiae* 1745.) Eben so lieset auch *Cod. Pand. Erlang.*

87) Die Beschreibung, welche die Deponentin von ihrem Sohn erster Ehe macht, läßt uns glauben, daß auch noch Kinder von ihrem zweiten Mann vorhanden waren, die sie ab intestato beerbt haben würden. Sonst wäre gar kein Grund vorhanden gewesen, daran zu zweifeln, daß dem Sohn, als Erben, die von seiner Mutter deponirten Sachen hätten restituirt werden müssen. Allein nun geschahe die Restitution dem Sohne nicht als Erben der Deponentin, sondern gleichsam vermöge eines Fideicommisses, wie aus *L.* 77. *D. de legatis I.* erhellet. S. *Ger.* NOODT Comm. h. t. §. *Ab alia* pag. 367. und *Christph. Lud.* CRELL Diss. de deposito cum fideicommisso utili, ut res post mortem deponentis tertio restituatur. *Vitembergae* 1742.

commendatae cui restitui debeant: filio, an marito? PAULUS respondit, filio.

L. 8. *Cod. ad exhibendum.* Si res tuas commodavit, aut deposuit is, cuius in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum, vel vindicatione uti potes. *Quodsi pactus sit, ut tibi restituantur:* si quidem ei, qui deposuit, successisti iure hereditario, depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili, nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet: intelligis nullam te ex eius pacto, contra quem supplicas, actionem stricto iure habere: *utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.*

Ob nicht die actio depositi directa zuweilen auch utiliter gegen den dritten Besitzer angestellt werden könne, ist streitig. Man setze z. B. den Fall, daß der Depositar die Sache wieder einem Dritten in Verwahrung gegeben hätte. Kann hier der Deponent gegen den zweyten Depositar klagen? **Püttmann**[88]) läugnet dieses schlechterdings. Zwar stehe dem Deponenten, als Eigenthümer, gegen den dritten Besitzer die Reivindication zu [89]); allein nicht die actio depositi! Für diese Meinung spricht auch *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* woraus erhellet, daß die actio depositi nur gegen den Depositar, oder dessen Erben Statt habe. Nun findet sich zwar eine Stelle aus des **Paulus** *Sententiis receptis* in der *Collatio Legum Mosaicar. et Rom. Tit.* 10. §. 7. [90]) welche das Gegentheil lehrt.

88) Meletematum iuris civ. Specim. I. Cap. 9. S. auch NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Dixi. pag. 367.

89) *L.* 8. *Cod. h. t.*

90) S. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 770.

lehrt. Es heißt nämlich daselbst: Si quis rem penes se positam apud alium deposuerit, tam ipse *directam*, quam *is, qui apud eum deposuit, utilem actionem depositi habere possunt.* Allein dieses Fragment macht keinen Theil unsers corpus iuris aus, in dieses ist dagegen eine andere Stelle des Afrikanus aufgenommen, nämlich *L.* 16. *D. h. t.* welche so lautet: Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, *catenus eum teneri, apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.* Nach diesen Worten soll also der erste Hinterleger von seinem Depositar, mit welchem er contrahirt hat, nur verlangen können, daß er ihm seine Klage gegen den zweyten Depositar cedire. Dagegen hat nun aber der gelehrte Dr. Christian Rau [91]) zu Leipzig sehr überzeugend dargethan, daß zwischen Paulus und Afrikan kein Widerspruch sey, sondern beyde vollkommen mit einander vereiniget werden können, ja daß selbst in den neueren Verordnungen der Kaiser eine solche actio utilis, von welcher Paulus redet, gestattet werde. Wäre ein wirklicher Widerspruch zwischen beyden Rechtsgelehrten vorhanden, so wäre es in der That seltsam, warum man gerade der Meinung des ältern Rechtsgelehrten den Vorzug gegeben hätte. Denn Paulus ist ja ein viel jüngerer Rechtsgelehrter, als Afrikan [92]). Allein, genau erwogen, redet Afrikan nur von einem besondern Falle, nämlich wenn der zweyte Depositar einen Dolus

91) Diss. de actione depositi adversus tertium possessorem. *Lipsiae* 1775.

92) S. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag 281. not. 12.

Dolus begieng. Will hier der erste Deponent die actio depositi mit aller der dem Betruge eigenen Wirkung gegen den zweyten Depositar anstellen, so muß er sich solche freilich von seinem Depositar cediren lassen, weil man ja hier nicht sagen kann, der zweyte Depositar habe das in ihn gesetzte Vertrauen des Klägers getäuscht, der ihm seine Sache gar nicht in Verwahrung gegeben hatte. Ist hingegen dem ersten Deponenten nur daran gelegen, daß ihm die Sache von dem zweyten Depositar restituirt werde, so kann er ohne Cession dieselbe mit der actio depositi utilis abfordern. Dieß ist, wenn es auch **Paulus** nicht ausdrücklich gesagt hätte, dennoch den neuern Verordnungen der Kaiser so gemäß, daß hierüber kein weiterer Zweifel entstehen kann. Die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** gestatten diese Klage in der oben angeführten *L. 8. Cod. ad exhibendum* der Billigkeit wegen in dem Falle, wenn Jemand meine Sachen, die ich ihm nicht zur Verwahrung gegeben habe, bey einem Dritten deponirt, aber bey der Hinterlegung ausgemacht hat, daß sie mir von dem Depositar restituirt werden sollten. Warum sollte denn nun die actio utilis nicht auch von dem ersten Deponenten gegen den zweyten Depositar angestellt werden können, wenn der erste Depositar es mit dem zweyten verabredet hat, daß die Sache dem ersten Deponenten auf sein Verlangen restituirt werden solle? 93) Eben dieses ist auch

93) POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XXXIX. not. g. Tom. I. pag. 45. macht bey der Stelle des Paulus die sehr richtige Bemerkung: *non est autem infrequens, ut ad vitandum cedendarum actionum circuitum, recta via utilis actio detur adversus quem cedendae erant actiones.*

auch die Meinung des **Johann Heinrich** von Berger [94]).

Noch ist zu bemerken, daß die actio depositi directa eine privilegirte Klage ist. Entsteht nämlich ein Concurs über das Vermögen des Depositars, so nimmt der Deponent, sofern er nicht die hinterlegte Sache als Eigenthümer vindiciren kann, unter den persönlich privilegirten Gläubigern den letzten Platz ein. Er darf sich nur, wenn er Gelder deponirte, keine Zinsen ausbedungen haben, sonst hat er sich seines Privilegiums begeben, und er wird dann von andern blos chirographarischen Gläubigern nicht weiter unterschieden. Hierher gehört folgende merkwürdige Stelle **Ulpians**.

L. 24. §. 2. *D. de rebus auctor. iudicis possidend.* In bonis mensularii vendendis, *post privilegia potiorem eorum causam esse placuit*, *qui pecunias apud mensam*, *fidem publicam secuti*, *deposuerunt.* Sed enim, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a caeteris creditoribus non separantur: et merito; *aliud est enim credere, aliud deponere.* Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis: et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.

Diese Vorschrift ist zwar freylich an sich singulair. Sie redet von einem solchen Depositar, der bey den Römern ein mensularius, oder mensarius war [95]). Allein der Grund

94) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. pag. 435. edit. WINCKLER.

95) Diese mensarii oder mensularii waren öffentliche Personen, welche in Rom vom Senat, in den Provinzen aber von dem Volk

Grund des Gesetzes ist allgemein: *aliud est credere, aliud deponere;* und giebt uns die Ueberzeugung, daß dem Depositum an sich dieses Privilegium beygelegt sey, mithin auch noch jetzt Anwendung finde, wenn wir gleich keine römische Mensarien mehr haben [96].

Noch stärker war jedoch das Privilegium, wenn die actio depositi gegen einen Argentar, oder nummularius, welcher bankerot geworden war, angestellt wurde. Hier gieng der Deponent allen persönlich privilegirten Gläubigern vor, und zwar nicht etwa dann, wenn das deponirte Geld noch existirte, sondern auch wenn es consumirt war, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 7. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* Quotiens foro cedunt nummularii, *solet primo loco ratio haberi depositariorum*, hoc est, eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant; *et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur:* dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non ha-

Volk gewählt wurden, und nach Art der Quästoren die öffentlichen Gelder beytrieben, und solche zum Besten des Staats verwendeten. LIVIUS Histor. Lib. VII. cap. 21. CICERO *Orat. pro Flacco* cap. 19. Bey diesen wurden auch häufig Gelder deponirt. Denn der Staat garantirte für ihre Treue. Sie waren von den Argentarien unterschieden, wenn gleich diese auch zuweilen *mensarii* genennt werden. *L.* 47. §. 1. *D. de pact.* S. *Christ. Ger.* OVERBECK Diss. de collocatione depositi tam regularis quam irreg. in concursu creditor. *Heidelb.* 1808. P. II. §. 13. sqq.

96) S. OVERBECK cit. Diss. P. III. §. 18.

habeatur, quasi renunciaverint deposito. Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt; an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur? Et constat, simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur.

L. 8. D. eodem. Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii, ex pecunia deposita, reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane sumtus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit: nam, deducto eo, bonorum calculus subduci solet.

Die meisten Rechtsgelehrten [97]) wollen zwar die *L. 7. cit.* von dem Falle verstehen, wenn die deponirten Gelder noch in Natur vorhanden sind. Denn nun könne sie der Deponent vindiciren, und er gehe dann allen privilegirten Gläubigern vor. Allein dieser Erklärung steht entgegen, daß die Vindicationsbefugniß die Gränzen des Eigenthums nicht überschreiten kann. Nun sagt aber die damit in der genauesten Verbindung stehende *L. 8. h. t.* daß das gedachte Privilegium sich nicht blos auf das noch vorhandene Depositum beschränke, sondern auf das ganze Vermögen

97) *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. X. cap. 14. *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 8. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 90.) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. LIII. not. b. pag. 458. und *Christ. Lud.* RUNDE Commentat. de historia, indole ac vi remediorum securitatis, quib. iure Rom. prospectum est creditorib. debitoris obaerati. etc. *Goett.* 1794. 4. §. 67.

gen des Schuldners sich erstrecke. Wie hätte denn auch Papinian ein schon in den Regeln des gemeinen Rechts gegründetes Vindicationsrecht des Deponenten ein Privilegium nennen können? Es ist überdem auch ein großer Unterschied, ob der Deponent als Vindicant das Depositum zurückfordert, oder sein Privilegium durch die actio depositi, der es beygelegt ist, geltend macht. In dem ersten Falle braucht er sich gar nicht in den Concurs einzulassen, in dem letzten Falle hingegen werden die Concurskosten erst abgezogen, und der Deponent aus dem übrigen Vermögen befriediget.

II. *Actio depositi contraria*, welche von dem Depositar, oder dessen Erben, gegen den Deponenten oder desselben Erben auf Ersatz eines ihm durch irgend eine Culpa des Deponenten, wenn sie auch nur in einem ganz geringen Versehen bestehen sollte, verursachten Schadens, so wie auf Erstattung der zur Erhaltung der Sache nöthigen, oder auch anderer mit Willen des Deponenten gemachten Kosten angestellet wird [98]). Diese Klage unterscheidet sich von der actio directa auch noch insonderheit darin, daß bey ihr weder das iuramentum in litem, noch die Folge der Infamie Statt findet [99]).

P 2 §. 947.

98) *L. 5. pr. L. 12. pr. L. 23. D. h. t. L. 31. D. de pigner. act. L. 61. §. 5. D. de furt.* S. MENCKEN Introduct. in doct. de actionib. for. pag. 185. sq. et ad *Eundem* HOMMEL not. 524. und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 799. ff.

99) *L. 5. pr. D. h. t. L. 6. §. ult. D. de his, qui not. infam.* S. meinen Commentar 12. Th. §. 813. S. 420.

§. 947.

Rechtliches Verhältniß mehrerer Deponenten, oder mehrerer Depositare, oder mehrerer Erben eines Deponenten oder eines Depositars.

I. Haben mehrere eine Sache deponirt, oder stirbt der Deponent, und hinterläßt mehrere Erben, so ist entweder a) eine untheilbare Sache deponirt worden. Hier muß derjenige, welcher die Sache allein zurückfordert, entweder von den übrigen eine Vollmacht haben, oder durch eine hinreichende Caution den Depositar gegen die Ansprüche der übrigen sicherstellen. Weigert sich der Kläger diese Caution zu leisten, so kann der Depositar die Sache den Gerichten übergeben, und sich hierdurch von allen weiteren Ansprüchen befreien [100]) b) Sind mehrere individuelle Sachen deponirt, welche α) alle von gleicher Art und Werthe sind, so daß eine jede derselben ganz die Stelle der andern vertreten kann; z. B. wenn Jemand sechs silberne Leuchter, alle von gleicher Form und von gleichem Gewichte bey mir hinterlegt hätte, und der Deponent stirbt, mit Hinterlassung dreyer Erben, welche ihm zu gleichen Theilen succediren; so kann jeder Erbe seinen Antheil, also zwey Leuchter von mir fordern, und sie müssen ihm ohne Caution herausgegeben werden [1]). Sind hingegen β) die mehreren hinterlegten individuellen Sachen nicht vertretbare Sachen von derselben

100) *L. 1. §. 36. in fin. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

1) *L. ult. Cod. h. t.* *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. L. ult. pag. 292. und *Hug.* DONELLUS Comment. ad eand. L. pag. 264.

ben Gattung z. B. es hat Jemand drey Pferde deponirt, und es sind drey Erben des Hinterlegers vorhanden, so kann ein Erbe allein ohne die Einwilligung der übrigen, eben so wenig ein Pferd für sich, als alle drey verlangen, wenn er nicht deshalb eine hinreichende Caution leistet [2]). Hätte sich auch wirklich einer der Erben eines von diesen drey Pferden für sich herausgeben lassen, so erwirbt er dennoch dadurch kein ausschließliches Recht auf dieses Pferd, sondern es bleibt unter den Miterben pro indiviso gemeinschaftlich [3]). c) Besteht hingegen die hinterlegte Sache in einer Quantität, so kann jeder der Deponenten oder Erben seinen Antheil fordern. Denn eine Quantität ist schon ipso iure getheilt [4]). Ist jedoch das Geld in einem versiegelten Beutel deponirt worden, so muß der Beutel gerichtlich, oder in Gegenwart einiger bekannter unbescholtener Personen geöfnet werden [5]). Wäre es bey der Deposition ausgemacht, daß einer das Ganze solle erheben können, so kann dann zwar auch einer allein das Ganze zurückverlangen; allein ohne eine solche Verabredung ist ihm

2) *L.* 29. *D. de Solut.*

3) FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 19. und DUARENUS Comment. ad h. Tit. cap. 4. pag. 1007. Anderer Meinung scheint jedoch *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 8. zu seyn.

4) *L.* 2. §. 1. *D. de Verb. Oblig.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 18.

5) *L.* 1. §. 36 *D. h. t.* Ueber diese Stelle vergleiche man vorzüglich *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad h. L. pag. 590. und *Iust.* MEIERI Ευδοξῶν Iustinianeor. Decad. V. Cap. 8. (adj. ZIUS *Colleg. iur. Argentorat.* Tom. III. pag 980.

ihm dieses nicht erlaubt [6]). Wer von einer deponirten theilbaren Sache seinen Antheil vom Depositar erhalten hat, braucht ihn mit den übrigen nicht zu theilen, wenn diese nämlich dem Depositar vielleicht zu lange nachgesehen haben, und nachher wegen der Insolvenz desselben nichts von ihm erhalten können [7]). Hat der Depositar einem von den mehreren Deponenten oder Erben, ohne daß dieser hinlänglich dazu legitimirt war, die ganze hinterlegte Summe zurückgegeben, so können die übrigen dennoch die actio depositi mit Wirkung gegen ihn anstellen, wenn er sich auch von dem Empfänger hätte Caution leisten lassen [8]). Ein anders wäre, wenn derjenige Erbe, welcher den größten Theil zu fordern hatte, die ganze hinterlegte Summe gegen Caution verlangt. Diesem kann sie nicht vorenthalten werden, und der Depositar hat auch in diesem Falle von den übrigen Miterben keinen Anspruch weiter zu befürchten [9]).

II.

6) *L. 1. §. 44. D. h. t.*

7) *L. ult. Cod. h. t.* DONELLUS in Commentar. ad h. L. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

8) CARPZOV Respons. iur. Lib. V. Resp. 14. STRYK de cautelis contract. Sect. II. Cap. III. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22.

9) *L. 14. pr. D. h. t.* Si plures heredes exstiterint ei, qui deposuerit, dicitur, si maior pars adierit, restituendam rem praesentibus. *Maiorem* autem *partem* non ex numero utique personarum, sed *ex magnitudine portionum hereditariarum* intelligendam, cautela idonea reddenda. *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 16. hält die Leseart: *si maior pars adierit* für fehlerhaft, und will dafür *si maior pars aderit* lesen.

Denn

II. Haben mehrere eine Sache in Verwahrung genommen, so haftet in der Regel jeder Einzelne für das Ganze [10]. Denn der Deponent hat einem Jeden die Sache ganz

Denn die vorhergehenden Worte: *si plures heredes extiterint*, zeigten, daß die Erbschaft von allen Erben bereits angetreten gewesen sey. Dahingegen lehrten die folgenden Worte: *restituendam rem praesentibus*, daß von dem Falle die Rede sey, da nur ein Theil der Erben sich gemeldet, und die Zurückgabe des Depositums verlangt habe. Allein daß diese Emendation ganz unnöthig sey, hat schon *Iust.* MEIER Ευδοξῶν Iustinianeôr. Decad. V. cap. 9. gezeigt. Schon Accursius erklärt das *adierit* so, daß er darunter vel depositarium vel iudicem verstand. Das Letztere nämlich *adierit iudicem* hält nun zwar Meier für schicklicher; allein ich glaube, man kann unter *adierit* auch ganz wohl *hereditatem* verstehen, ohne daß mit den vorhergehenden Worten ein Widerspruch entsteht. Der Sinn ist: wenn der Hinterleger mehrere Erben hinterläßt, von denen auch schon größten Theils die Erbschaft angetreten worden ist. Diese Erklärung bestätigen auch die *Basilica* Tom. II. pag. 96. Ἐὰν κατὰ τὸ πλεῖον μέρος ὑπεισέλθῃ ἡ τῦ παραθεμένου κληρονομία, ἀποδίδοται τὸ πρᾶγμα τοῖς παρῦσιν. i. e. *Si maior pars heredum eius, qui deposuit, hereditatem adierit, restituitur res praesentibus.* Auch die Worte: *cautela idonea reddenda* scheinen dem Anton Faber nicht ächt zu seyn, sondern nach einen Tribonianismus zu schmecken. Allein mit welchem Grunde? zeigt Ulr. HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 593.

10) *L. 1. §. 43. D. h. t.* Si *apud duos* sit deposita res, *adversus unumquemque eorum agi poterit*: nec liberabitur alter, si cum altero agatur: *non enim electione, sed solutione liberantur.* Proinde si ambo dolo fecerunt, et alter, quod interest, praestiterit: alter non convenietur; exemplo duorum tutorum.

ganz anvertraut. Die custodia ist untheilbar [11]). Wenn jedoch der Beklagte beweisen könnte, daß er seiner Seits ausser aller Schuld sey, so muß er freygesprochen werden, und die Verantwortung trift denjenigen, welcher den Schaden verschuldet hat [12]). Ist gegen den Einen zwar auf das Ganze geklagt worden, der Hinterleger hat aber von ihm nicht seine völlige Befriedigung erhalten, so bleibt ihm der Regreß immer noch gegen den Andern offen [13]).

III. Mehrere Erben eines Depositars haften zwar wegen dessen, was ihr Erblasser verschuldete, pro rata [14]). Werden sie aber aus ihrer eigenen Handlung in Anspruch genommen, so haftet nur derjenige Erbe allein, welcher die deponirte Sache noch besitzt, oder mit derselben unredlich umgieng [15]). Haben sie jedoch alle auf gleiche Weise an dem Dolus Antheil genommen, und die hinterlegte Sache ist theilbar, so steht ein jeder nur für seinen Antheil. Ist sie hingegen untheilbar, so ist jeder Erbe in solidum verbindlich. Kann aber derjenige, welcher auf das Ganze belangt wor-

11) Hätte jedoch der Hinterleger die Sache bey mehreren auf gemeinschaftliche Gefahr deponirt, so behauptet LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. daß die mehrern Depositare sodann nur pro rata hafteten, sofern sie sich nämlich keines Dolus schuldig gemacht haben.

12) *L. 1. §. 34. h. t.* — Si alter dolo non fecerit, et idcirco sit absolutus, — ad alium pervenietur.

13) *L. 1. §. 34. cit.* Quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur.

14) *L. 7. §. 1 L. 9. D. h. t. Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Sequitur* T. II. Oper. pag. 367.

15) L. 9. et L. 10. D. h. t.

worden ist, die Sache selbst nicht mehr restituiren, so ist jeder der Erben den Werth für seinen Antheil zu ersetzen schuldig; was aber von einem oder dem andern nicht erhalten werden kann, das wird auf die übrigen vertheilt [16]).

IV. Hat einer der Erben die bey dem Erblasser hinterlegte Sache aus Irrthum veräussert; z. B. er hielt die Sache für das Eigenthum des Erblassers, so muß er, wo möglich, dieselbe einzulösen suchen; kann er dieses nicht, so giebt er blos heraus, was er empfing, oder cedirt seine Klagen gegen den Empfänger [17]).

§. 948.

Sequestration.

Die Sequestration, *Sequestrum*, *Sequestre*, wird in dem römischen Recht bald als eine Art des Depositums, bald als eine Verfügung des Richters betrachtet [18]).

I. Als eine Art des Depositi betrachtet, versteht man unter *Sequestrum*, oder Sequestration den Vertrag zweyer streitender Partheyen, wodurch sie den unter sich

16) *L.* 22. *D. h. t.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L. *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. ad. h L. pag. 594. *Paul* BUSIUS ad eand. L. *Ge.* FRANTZKII Commentar. in Pand. h. t. nr. 21. et nr. 107.

17) *L.* 1. §. 47. *L.* 2. 3. et 4. *D. h. t.* S. *Franc.* RAMOS *del* MANZANO Commentar. ad L. 1. §. ult. D. depositi. (in MEERM. *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VII.)

18) Unter den ältern Rechtsgelehrten haben diese Lehre vorzüglich *Andreas* CLUDIUS und *Casp.* ZIEGLER de iure sequestrationum; unter den neuern aber *Adolph. Frid.* TRENDELENBURG in Exercitat. iuris civ. de sequestratione curatius definienda. *Buetzovii* 1765. und Gönner im Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 4. Band Nr. LXXX. S. 369. ff. bearbeitet.

sich streitigen Gegenstand einem Dritten, welcher dann Sequester genennt wird, unter der Bedingung in Verwahrung und Aufsicht geben, daß er nach erfolgter Entscheidung des Rechtsstreits demjenigen, für welchen die Entscheidung ausfällt, überliefert werden solle. Von dieser Art der Sequestration, welche von den heutigen Rechtsgelehrten *sequestratio voluntaria* seu *conventionalis* genennt wird, reden folgende Gesetzstellen.

L. 110. *D. de Verb. Significat.* SEQUESTER dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt committitur [19].

L. 5. §. 1. *D. h. t.* In *sequestrem* depositi actio competit; si tamen cum *sequestre* convenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est. Quod si de pluribus locis convenit, in arbitrio eius est, quo loci exhibeat: sed si nihil convenit, denunciandum est ei, ut apud Praetorem exhibeat.

L. 6. *D. eodem.* Proprie autem in *sequestre* est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.

L. 17. *D. eodem.* Licet deponere tam plures, quam unus possunt, attamen apud *sequestrem* non nisi plures deponere possunt; nam tum id fit, cum aliqua res

19) *Aulus* GELLIUS Noct. Atticar. Lib. XX. cap. ult. weicht hier vom Modestin ab. Er sagt vielmehr Vocabulum *Sequester* a sequendo factum est, *quod eius, qui electus sit, utraque pars fidem sequatur.* S. *Io. Lud.* CONRADI Excursus ad Gellium in div. titt. Digestor. P. II. Exc. 8. pag. 530. und TRENDELENBURG cit. Exercitat. §. 3.

res in controversiam deducitur; itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures deponunt.

L. 9. §. 3. D. dolo malo. LABEO *XXXVII. Posteriorum* scribit: si oleum tuum, *quasi suum*, defendat Titius; et tu hoc oleum deposueris apud Sejum, ut is hoc venderet, et pretium servaret, *donec inter vos diiudicetur, cuius oleum esset;* neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati, neque sequestraria Seium convenire potes, *nondum impleta conditione depositionis*, de dolo adversus Titium agendum. Sed POMPONIUS posse cum *sequestre* praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo, quae distinctio vera esse videtur.

L. 5. Cod. h. t. Propter instrumenta quidem, quae te deposuisse cum adversario tuo dicis, ut residua pecunia, quae ex conductione debebatur, soluta, ea reciperes, si id, quod placuerat, implesti, *sequestrum* potes convenire.

In Rücksicht der Form, in welcher die Partheyen mit dem Sequester contrahiren, kann die Sequestration eben so, wie jedes andere Depositum, zuweilen in einen andern Contract übergehen. Der Sequester übernimmt nämlich die Verwahrung des streitigen Gegenstandes entweder a) unentgeldlich, und dann wird ihm entweder α) blos die Aufsicht übertragen, hier ist es dann ein wahres Depositum; oder es wird ihm β) auch zugleich die Verwaltung eingeräumt. Hier geht die Sequestration in einen contractus mandati über. Oder b) er erhält einen Lohn, und je nachdem dieser entweder im baaren Gelde, oder in einer andern Art der Vergeltung besteht, ist die

Se-

Sequestration entweder als Miethcontract oder als ein unbenannter Contract zu behandeln [20]).

II. Wird die Sequestration als **richterliche Verfügung** betrachtet, so erscheint sie bald als **Sicherungsmittel**, bald als **Executionsmittel**, und kann auch ohne Zustimmung der Partheyen vom Richter verhängt werden [21]). In dieser Hinsicht wird sie dann von den heutigen Rechtslehrern *Sequestratio necessaria* genennt.

A) Als **Sicherungsmittel** kann sie sowohl über streitige, als nicht streitige Gegenstände angeordnet werden [22]). Es muß nur immer eine solche Gefahr zu besorgen seyn, zu deren Abwendung eine Sequestration das einzige taugliche Mittel ist [23]). Dann können sowohl Sachen aller Art, sie seyen bewegliche oder unbewegliche, körperliche oder unkörperliche, als auch freie Personen männlichen und weiblichen Geschlechts ein Gegenstand der Sequestration seyn [24]). Eine solche sequestratio necessaria kann, zur Sicherung der Rechte eines Theils, auf einen amtlichen Befehl des Richters in folgenden Fällen verfügt werden.

1) Wenn zu befürchten ist, daß der Besitzer mit der Sache die Flucht ergreifen möchte [25]); oder daß

2) das Vermögen einer Person, für deren Sicherheit der Richter zu sorgen hat, von dem Besitzer desselben verschwendet, oder der streitige Gegenstand während des Prozesses verwüstet werden möchte [26]); oder

3) daß

20) S. TRENDELENBURG Diss. §. 7. et 11.

21) *L. 7. §. ult. D. Qui satisdare cog. L. 11. §. 1. D. ad exhib. L. 1. §. 37. L. 5. §. ult. D. h. t. L. 22. §. 8. D. Soluto matr.*

22) S. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 16.

23) *L. 22. §. 8. in fin. D. Soluto matrim.* S. *Nic. Christph.* KOB Diss. de sequestratione permissa, *Altorfii* 1712.

24) *L. 3. §. 6. D. de liber. exhib.*

25) *L. 7. §. 2. D. Qui satisd. cog.*

26) *L. 22. §. 8. D. Soluto matrim. L. 21. §. fin. D. de appellat. Cap. 2. X. de sequestr. possess. et fruct.*

3) daß es während des Prozesses zwischen den Partheyen zu Thätlichkeiten kommen, und einer den andern mit Gewalt in dem Besitz stöhren werde [27]).

4) Wenn sich zwey um eine Braut streiten, und jeder ein Vorrecht vor dem andern an ihrer Person zu haben behauptet [28]).

5) Wenn Jemand ein Mädchen als seine Tochter reclamirt, und der Beweis hierüber mit Schwierigkeiten verbunden, auch der Beklagte in keinem guten Rufe steht, so daß man das Mädchen nicht ohne Gefahr bey ihm lassen kann [29]).

6) Wenn sich eine Wittwe für schwanger ausgiebt, oder im Falle einer Ehescheidung der Ehemann Grund hat zu vermuthen, daß die Frau schwanger sey [30]).

In solchen Fällen, da der Richter die Sequestration verfügt, kann die Sache entweder in gerichtliche Verwahrung gebracht, oder auch einem Dritten und zwar nach Befinden der Umstände entweder blos in Verwahrung oder auch zur Verwaltung übergeben worden. Bey Sequestration der Frauenspersonen soll die Aufsicht einer Frau von bekannter Rechtschaffenheit übertragen werden [31]).

B) Als Executionsmittel werden Sequestrationen nach rechtskräftiger Entscheidung des Rechtsstreits von dem Richter in der Absicht verhängt, um den Gläubiger aus den Früchten der Sache zu befriedigen, wenn Gründe vorwalten, warum die Sache selbst dem Schuldner zu erhal-

27) *L. 9. C. de transact.*

28) *Cap. 14. X. de sponsal. Henr. de* COCCEJI Diss. de foeminarum sequestro. *Francof. ad Viadr.* 1698. *Io. Guil* HOFFMANN Observation, quae ad usum fori spectant, Diss. I. Obs. 8. und Archiv für die theor. und pract. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann und Günther 2. Th. Nr. VIII.

29) *L. 3. §. 6. D. de lib. exhib.*

30) Vid. *Tit. Pand. de inspiciendo ventre. XXV. 4.* WESTENBERG Divus Marcus. Diss. X.

31) *L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. Cap. 14. X. de sponsal. Cap. 8. X. de restitut. spoliat.*

halten ist, oder die Vollstreckung nur in die Früchte geschehen kann, wie z. B. bey Lehnen oder Familienfideicommissen [32]).

§. 949.

Klagen aus dem Sequestrum.

Insofern die Sequestration durch einen Vertrag der Partheyen geschahe, kann der Sequester von demjenigen, welchem die Sache nach geendigter Sequestration zu restituiren ist, durch die aus dem Contract entspringende Klage, welche hier den Beynamen *sequestraria* erhält [33]), auf Herausgabe derselben belangt werden. Dagegen kann aber auch der Sequester seiner Seits durch die ihm zustehende Contractsklage unter gleicher Nebenbezeichnung wegen seiner Gegenansprüche von dem Kläger Entschädigung fordern. Ist daher das Sequestrum a) als eine Art des Depositums geschehen, so ist die Klage von Seiten des obsiegenden Theils *actio depositi sequestraria directa*, von Seiten des Sequesters *actio depositi sequestraria contraria.* b) Geschahe die Sequestration nach Art eines Mandats, so hat die *actio mandati sequestraria* Statt, welche auch bald directa bald contraria ist. c) Ward sie als ein locatio operarum mit dem Sequester eingegangen, so ist die Klage die *actio locati* und *conducti sequestraria.* Endlich d) nimmt die Sequestration die Natur eines unbenannten Contracts an, so wird die Klage *actio praescriptis verbis sequestraria* genennt [34]).

32) S. Gönners Handbuch des gem. Processes 4. B. Nr. LXXX. §. 10.

33) *L. 12. §. 2. D. h. t.* Cum sequestre recte agetur *depositi sequestraria actione,* quam et in heredem eius reddi oportet.

34) *L. 9. §. 3. D. de dolo malo.* S. Schmids Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 806. u. ff.

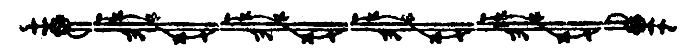
Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Funfzehnten Theils zweyte Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1814.

Lib. XVII. Tit. I.

Mandati vel contra.

§. 950.

Begriff des Bevollmächtigungscontracts. Eine Art desselben Assignation. Geschichte dieses Contracts.

Nach den Realcontracten erscheint nun die Lehre von den Consensualcontracten, deren Wesen in der Einwilligung beyder Contrahenten besteht. Einer der gewöhnlichsten unter diesen Contracten ist der Bevollmächtigungscontract, Vollmachtsvertrag, oder Bevollmächtigung, *mandatum* [1]). Es wird darunter derjenige Consensualcontract verstanden, wodurch Jemand sich verpflichtet, ein ihm aufgetragenes nicht unerlaubtes Geschäft des Andern ohne eine dafür bestimmte eigentliche

1) Von diesem Contract im Allgemeinen handeln *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. cap. 10. *Franc.* DUARENUS in Tit. 35. Lib. IV. Cod. et Tit. 1. Lib. XVII. Pand. mandati. (*Operum* pag. 1009. sqq.) *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. in hunc Tit. (*Oper.* Tom. II. pag. 371. sqq.) *Io.* D'AVEZAN libr. Contractuum II. Tract. IV. (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 111. sqq.) und Augustin Buchner Versuch einer Theorie des Vollmachts-Vertrags nach dem römischen Rechte. Landshut 1809. 8.

che Vergeltung zu verrichten [2]). Das Wort *mandatum* [3]) hat mehrere Bedeutungen. Es bezeichnet theils den blossen Auftrag, oder das Factum des Gewaltgebers, wodurch allein noch keine obligatio mandati begründet wird, theils den durch Uebernehmung des Auftrags geschlossenen Vertrag, theils das daraus für die Contrahenten entstehende Rechtsverhältniß, obligatio mandati [4]). Die Contrahenten sind 1) derjenige, welcher den Auftrag zur Besorgung eines Geschäfts giebt. Dieser heißt überhaupt *mandans*, der Gewaltgeber, auch *mandator* [5]), jedoch wird insonderheit derjenige mit diesem Namen bezeichnet, welcher den Auftrag giebt, Etwas zum Besten eines Dritten

2) *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 371. sagt: *Mandatum* est contractus iuris gentium, bonae fidei, consensu constans de negotio *mandatoris periculo* gratis gerendo. Allein Neratius lehrt L. 39 *D. h. t.* daß auch der Mandatar die Gefahr übernehmen könne. Die Worte *mandatoris periculo* enthalten also keine wesentliche Bestimmung.

3) ISIDORUS Lib. IV. *Origin.* cap. 24. leitet das *mandatum* von manum dare her, weil es anfangs bey Ertheilung und Uebernehmung eines Auftrags gewöhnlich war, daß die Contrahenten einander zum Zeichen der gegenseitigen Verpflichtnng die rechte Hand gaben. Man sehe auch NOODT c. l. und *Ev.* OTTO Iurisprud. symbolica. Exercitat. II. Cap. 10. pag. 187. Jedoch kann auch, wie *Guil.* PROUSTEAU in Recitat. ad L. 23. D. de reg. iuris. Cap. XIV. §. 1. (*Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 508.) bemerkt, das Wort *manus* für potestas genommen werden.

4) S. BROUSTEAU c. l. princ. und Buchner im angef. Versuche §. 19.

5) *L* 22. §. *ult. L.* 46. *L.* 49. *D. h. t.* §. 11. *I. de mandato. L.* 135. §. 2. *D. de Verbor. obligat. L.* 6. *D. SCto Silan.*

ten auf seine, des Gewaltgebers, Gefahr zu thun, z. B. einem Dritten zu creditiren [6]). *Dominus negotii*, **Principal**, **Committent**, auch nach dem Unterschiede der zur Besorgung aufgetragenen Geschäfte, *praeponens*, *exercitor navis*, je nachdem die Geschäfte entweder den Handel auf dem festen Lande, oder das Schiffsgewerbe betreffen. 2) Derjenige, welcher die Besorgung des Geschäfts übernimmt. Dieser wird *mandatarius*, der **Bevollmächtigte**, **Gewalthaber**, auch *procurator* genennt. Doch wird der letzte Name vorzüglich für den zu gerichtlichen Geschäften z. B. Processen, bestellten Bevollmächtigten gebraucht, wie schon in dem Titel de procuratoribus vorgekommen ist. Arten der Bevollmächtigten sind institor und magister navis. Zuweilen finden noch andere Benennungen Statt. Dies ist der Fall bey derjenigen Art der Bevollmächtigung, welche man **Assignation** oder **Anweisung** nennt [7]). Es wird darunter ein Auftrag verstanden, den ein Schuldner seinem Gläubiger giebt, daß er bey einem Dritten eine Bezahlung in Empfang nehmen, und diese für sich behalten solle. Hier heißt derjenige, welcher die Assignation giebt, *assignans*, der, welcher sie erhält, um die Schuld bey dem Dritten zu erheben, *assignatarius*, und der Dritte, welcher auf die Assignation zahlen soll, *assignatus*.

Das Mandat scheint übrigens erst spät in das römische Rechtsgebiet aufgenommen worden zu seyn. Es be-

6) *L. 59. §. 5. L. 60. pr. D. h. t. L. 71. pr. et §. 2. D. de fideiussor.*

7) S. *Car. Phil.* SICHERER Commentat. de assignationibus. *Giessae* 1782. und RICHELMANN Specim. sistens summa capita doctrinae de assignationibus mercatorum. *Gryphiswald.* 1805.

beruhete, wie Paulus sagt *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* ursprünglich nur auf Dienstfertigkeit und Freundschaft. Eine Verbindlichkeit, welche eine gerichtliche Klage gewirkt hätte, entstand, wie Gerhard Noodt [8]) bemerkt, noch nicht gleich anfangs daraus. Die höchst einfachen Verhältnisse, unter welchen die Bürger des römischen Staats anfangs noch in einem eingeschränkten Gebiete bey einander lebten, machten überhaupt die Bestellung von Bevollmächtigten, wo nicht ganz überflüßig, doch wenigstens selten. Hierzu kam, daß auch die oft so nöthige Publicität es nicht verstattete, ein Geschäft durch einen Dritten verrichten zu lassen [9]). Viele Geschäfte konnte der Römer auch durch seine Sklaven besorgen lassen. In der Folge vervielfältigten sich nun zwar die Verhältnisse des gesellschaftlichen Lebens bey der allmähligen Erweiterung des römischen Gebiets, es konnten auch nicht alle Geschäfte durch Sklaven besorgt werden, und die ärmere Classe der römischen Bürger war ohnehin dieser Hülfe gänzlich beraubt. Hierdurch wurden nun also Bevollmächtigungen häufiger. Dennoch stand das Mandat noch lange Zeit auf gleicher Stuffe mit dem Prekarium [10]). Es war immer nur ein Contract, den der Freund mit dem Freunde im Vertrauen auf dessen Treue und Redlichkeit schloß. Der Handschlag war das Symbol der Verpflichtung. Entsprach nun dennoch der Freund dem ihm geschenkten Vertrauen des Freundes nicht, so war es zwar um seine gute Meinung ge-

8) Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 12.

9) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts (Berlin 1810) §. 188. a. E.

10) *L.* 14. *D. de precario.*

geschehen, denn er hatte Freundschaft und Treue verletzt; allein welche Klage konnte Statt finden, wenn kein wirklicher Dolus erweislich war? Es hieß hier, was Seneca [11]) sagt: Multa legem non habent, nec actionem, ad quae consuetudo vitae humanae, lege omni valentior, dat aditum. Der mannigfaltige Nutzen, und die vielfältige Nothwendigkeit einer Bevollmächtigung in den Geschäften des bürgerlichen Lebens veranlaßte endlich die römischen Gesetzgeber diesen Vertrag unter die contractus juris gentium in das Rechtsgebiet aufzunehmen, und desselben Aufrechthaltung durch ausdrückliche Normen zu vermitteln. So machte nun der Prätor ein Edict: *Quod quis mandasse dicetur, de eo iudicium dabo* [12]). Nur darüber war man anfangs noch nicht einig, in wieweit die Klage gegen die Erben gehe. Der Prätor **Marcus Drusus** gestattete sie auch gegen die Erben, der Prätor **Servius Julius** hingegen nicht, wie uns Cicero [13]) erzählt. Vielleicht schon früher infamirte auch der dolus bey diesem Contract, wie sich aus dem bey Heraclea gefundenen Fragment einer Lex ergiebt [14]). Eine merkwürdige Stelle aus Cicero's Reden [15]) verdient hier noch einen vorzüglichen Platz. In privatis rebus, sagt er, si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, *eum maiores summum admisisse dedecus existimabant.* Itaque

man-

11) *De beneficiis* Lib. V. cap. 21. princ.

12) S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. Princ.

13) *Rethoricor. ad Herennium* Lib. II. cap. 13.

14) S. Hugo Civilist. Magazin 3. B. S. 376.

15) *Oratio pro Sex. Roscio Amerino* cap. 38. et 39.

mandati constitutum est *iudicium*, non minus turpe, quam furti. Credo propterea, quod, quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur: quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium, et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere, alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. Quid recipis mandatum, si aut neglecturus, aut ad tuum commodum conversurus es? cur mihi te offers, ac meis commodis officio simulato officis et obstas? recede de medio, per alium transigam. — Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. Nam neque mandat quisquam fere nisi amico: neque credit, nisi ei, quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis, simul et amicitiam dissolvere et fallere eum, qui laesus non esset, nisi credidisset. Nun hörte zwar die Handgebung als Symbol dieses Vertrags auf, der alte Name des Vertrags blieb aber dennoch.

§. 951.

Errichtung des Bevollmächtigungscontracts.

Der Bevollmächtigungscontract ist ein Consensualcontract, und erhält also, als solcher, dur die bloße Einwilligung der Contrahenten seine rechtliche Existenz [16]). Gewißheit der Einwilligung ist demnach wesentliches Erfor-

16) *L. 1. pr. D. h. t.* Obligatio mandati consensu contrahentium consistit.

derniß, ob sie aber mündlich, oder schriftlich, in Gegenwart oder Abwesenheit, durch Boten oder Briefe ertheilt wird, ist gleichviel. Sie kann auch durch alle mögliche, nur nicht ein anderes Geschäft bezeichnende, Ausdrücke, z. B. ich bitte, oder ich wünsche, daß du dieses für mich thuest, oder ich trage dir auf, erklärt werden [17]), wenn nur der Wille und die eigentliche Meinung der Contrahenten mit Zuverläßigkeit daraus entnommen werden kann. Es hat daher auch gar keinen Zweifel, daß dieser Contract ebenfalls durch stillschweigende Einwilligung geschlossen werden kann, und zwar kann nicht nur die Vollmachtsertheilung stillschweigend geschehen, wenn sich nämlich Jemand in meiner Gegenwart um meine Geschäfte annimmt, und ich solches geschehen lasse, ohne zu widersprechen [18]); sondern auch selbst die Uebernehmung des Auftrags. Jedoch ist hierzu das bloße Stillschweigen desjenigen, der sich auf einen ihm ertheilten Auftrag nicht erklärt hat, an sich nicht hinreichend; es muß vielmehr dasselbe im Zweifel für ein Merkmal der Nichteinwilligung um so mehr angenommen werden, je lästiger die Besorgung

17) *L.* 1. §. 1. *et* 2. *D. eodem.* Ideo per nuncium quoque vel per epistolam mandatum suscipi potest. Item sive *rogo*, sive *volo*, sive *mando*, sive alio quocunque verbo scripserit, mandati actio est.

18) *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* Si passus sim, aliquem pro me fideiubere, vel alias intervenire, mandati teneor. Ulpian spricht zwar hier nur von einem Intercessionsgeschäft; es hat aber nicht den mindesten Zweifel, daß das Nämliche auch von andern Geschäften gilt, bey welchen ein Mandat Statt findet. Hierher gehören noch folgende Stellen. *L.* 18. *L.* 53. *D. h. t. L.* 60. *D. de reg. iuris*, *L.* 6. *Cod. h. t.*

gung fremder Geschäfte, theils wegen der unentgeldlichen Mühwaltung, theils wegen der Vertretung des geringsten Versehens, ist [19]). Es gilt daher ganz allgemein von jedem Auftrage, was Ulpian sagt *L.* 8. §. 1. *D. de procuratoribus:* Invitus procurator non solet dari. *Invitum* accipere debemus, non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, *qui consensisse non probatur*, wenn er gleich nur eigentlich von gerichtlichen Sachwaltern redet. Hieraus folgt also, daß zu dem Stillschweigen noch eine positive Handlung, oder ein solcher Umstand hinzukommen muß, woraus sich nach rechtlichen Gründen mit Zuverläßigkeit auf die Uebernehmung des Auftrags schliessen läßt. Dahin gehört, wenn derjenige, welchem der Auftrag ertheilt wurde, ohne sich darüber zu erklären, wissentlich eine auf ihn ausgestellte Vollmacht angenommen, oder das ihm übertragene Geschäft zu besorgen angefangen, oder bisher gewöhnlich dasjenige besorgt hat, was ihm schriftlich war aufgetragen worden [20]). Unter Kaufleuten ist es herkömmlich, daß derjenige, dem schriftlich ein Auftrag ertheilt wird, wenn er das Geschäft nicht übernehmen will, den Gewaltgeber sofort hiervon benachrichtigen müsse, weil sonst der Auftrag für stillschweigend übernommen gehalten wird, und er dann für allen Schaden haften muß, der aus der Nichterfüllung des erhaltenen Auftrags entsteht [21]).

Hat

19) S. *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 411. und besonders *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS Commentat. de mandato tacito eiusque praesertim tacita susceptione. *Erlangae* 1796.

20) S. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

21) S. Büsch Darstellung der Handlung in deren mannigfaltigen

Hat Jemand anfangs meine Geschäfte ohne meinen Auftrag besorgt, ich genehmige aber nachher diese Geschäftsführung, so wird durch die erfolgende Genehmigung nur insofern ein Mandatsverhältniß begründet, als sie zugleich einen Auftrag für die Zukunft enthält; und es ist dann auch gleichviel, ob sie in der Mitte oder am Ende des Geschäfts erfolgte. War hingegen die actio negotiorum gestorum zu der Zeit, da die Ratihabition erfolgte, schon begründet, und zur Anstellung reif, so kann sie durch die Genehmigung nicht zum Nachtheil des Geschäftsführers in eine Mandatklage verwandelt werden [22]). Scävola [23]) sagt ausdrücklich: Si negotium a te, quamvis male gestum, comprobem, utique mandatum non est. Erit igitur, *et post ratihabitionem*, negotiorum gestorum actio. Hiermit steht denn nun auch der Ausspruch Ulpians *L. 60. D. de div. reg. iuris* in keinem Widerspruche, welcher sagt: Semper, qui non prohibet, pro se intervenire, mandare creditur. *Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est: obstringitur mandati actione.* Es ist hier von einer Intercession die Rede. Der Bürge kann aber in der Regel eher nicht seinen Regreß gegen den Schuldner nehmen, als wenn er für denselben bezahlt hat, oder

gen Geschäften 2. Th. 5. B. Kap. 9. S. 366. und HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 2011. a. E.

22) S. Ant. Fried. Just. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Band Abh. 10. S. 243. ff.

23) *L. 9. D. de negot. gest.* Eine andere Ansicht hat *Car. Theod.* WELCKER Diss. interpretationem exhibens L. 9. D. de neg. gest. iuncta L. 60. de div. reg. iur. *Giessae* 1813.

oder wenigstens zur Zahlung verurtheilt worden ist [24]). Hat sich nun A. für den B. ohne dessen Wissen verbürgt, und der letztere nachher die Intercession genehmiget; so hatte entweder A. schon die Schuld für ihn bezahlt, oder nicht. Im ersten Fall ist und bleibt die actio negotiorum gestorum begründet, in dem letztern Falle aber wird durch die erfolgte Ratihabition des B. die negotiorum gestio in ein mandatum verwandelt, weil hier die Genehmigung der übernommenen Intercession zugleich den Auftrag der künftigen Zahlung enthält.

§. 952.

Verschiedene Arten der Errichtung und Eintheilung des Mandats.

Ein Mandat muß nun immer für den Gewaltgeber ein Interesse haben, wenn es gelten soll [25]), es gereiche übrigens blos zum Nutzen des Gewaltgebers, oder blos zum Nutzen eines Dritten, oder zum Nutzen beyder zugleich, oder zum Nutzen des Mandatars und des Gewaltgebers, oder endlich zum Nutzen des Bevollmächtigten und eines Dritten. Ein Mandat kann also, wie Cajus [26]) lehrt, auf fünferley Art errichtet werden. 1) Zum Vortheil des Gewaltgebers allein; z. B. wenn ich dir den Auftrag gebe, meine Geschäfte zu besorgen. 2) Zum Nu-

24) *L.* 10. *Cod. h. t.* S. *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebr. LL. Cod. ad h. L. p. 293. sqq.

25) *L.* 8. §. 6. *D. h. t.* Mandati actio tunc competit, *cum coepit interesse eius, qui mandavit:* caeterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, *quatenus interest.*

26) *L.* 2. *pr. et* §. 1—5. *D. h. t. Princ. et* §. 1—5. *I. de mandato.*

Nutzen eines Dritten allein; z. B. wenn ich dir den Auftrag gebe, des Titius Geschäfte zu besorgen. Dem Dritten hafte ich hier als negotiorum gestor; mir liegt also allerdings daran, daß die Geschäfte des Dritten wohl verwaltet werden. Darum kann ich den Bevollmächtigten mit der Mandatklage belangen [27]. 3) Zum Nutzen des Gewaltgebers und eines Dritten. Z. B. wenn ich dir auftrage, meine und des Titius Geschäfte zu besorgen. 4) Zum Nutzen des Bevollmächtigten und des Gewaltgebers; z. B. wenn ich dir auftrage, einem Dritten Geld gegen Verzinsung zu leihen, welches dieser zu meinem Nutzen verwenden soll. Der Vortheil auf Seiten des Bevollmächtigten besteht hier in dem Genuß der Zinsen. Endlich 5) zum Nutzen des Mandatars und eines Dritten; z. B. wenn ich dir den Auftrag gebe, dem Titius Geld auf Zinsen zu leihen. Sollte der Mandatar das Geld dem Titius ohne Zinsen leihen, so würde

27) *L. 28. D. de negot gest.* POTHIER Pand. Iustin. h. t. nr. XIII. not. a. Auf diesen zweyten Fall geht auch *L. 6. §. 4. D. h. t.* Si tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti, *ut pro Sejo intervenias*, vel *ut Titio credas*, erit mihi tecum mandati actio, et ego tibi sum obligatus, und es steht diese Gesetzstelle mit der angeführten *L. 8. §. 6. h. t.* in keinem Widerspruche, wie Cujaz Observation. Lib. XVII. cap. 29. gezeigt hat. Es ist daher gar nicht nöthig, in der L. 6. in den Worten mea *non* intererat, die Negation mit *Franc.* HOTOMAN Observat. Lib. IV. cap. 30. und *Ger.* NOODT Probabil. Lib. IV. cap. 12. und Comm. ad Dig. h. t. pag. 373. wegzustreichen, wie auch *Theod.* MARCILLIUS ad Princ. I. de mandato in *Iani a* COSTA Commentar. ad Institut. pag. 452. und besonders *Io. Guil.* MARCKART Probabilia receptar. lectionum iuris civ. pag. 85. sq. gezeigt haben.

würde das Mandat blos dem letztern allein zum Vortheil gereichen. Ist hingegen ein Mandat blos des Bevollmächtigten wegen ertheilt, so gilt es nicht, sondern wird als ein bloßer Rath angesehen, welcher an sich nicht verbindlich ist. Z. B. Wenn ich dir auftrage dein Geld lieber zum Ankauf eines Grundstücks zu verwenden, als auf Zinsen auszuleihen [28]). Cajus sagt *L. 2. pr. D. h. t.* Quod si *tua tantum gratia* tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. Diesen Satz erläutert er nachher §. 6. *cit. L.* 2. auf folgende Art: *Tua* autem *gratia* intervenit mandatum, veluti, si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emtionem praediorum colloces, quam foeneres; vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces: cuius generis mandatum magis *consilium* est, quam mandatum: et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur. Eine Ausnahme findet jedoch alsdann Statt, wenn der Bevollmächtigte ohne das Mandat nicht würde gehandelt haben. Diese Ausnahme macht Ulpian *L. 6. §. 5. D. h. t.* wo er sagt: Plane si tibi mandavero, *quod tua intererat*, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: *aut si* [29]) *non esses facturus, nisi ego*

28) *Pr. et §. 6. I. de mandato.*

29) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 373. will statt *aut si* vielmehr *at si* lesen; und glaubt, daß diese Stelle von den Worten *aut si* an, nicht zu dem, was im §. 5. unmittelbar vorher gesagt worden, sondern zu dem §. 4. der *L. 6.* gehöre. Nun giebt es zwar, nach Russards und Charondas Be-

ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit *mandati actio* [30]). Ausser diesem Fall bleibt es bey der Regel, wie auch Celsus lehrt, wenn er *L.* 48. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* sagt: Cum mando tibi, *ut credendo pecuniam, negotium mihi geras, mihique id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit;* puto mandatum posse consistere. Caeterum, *ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen*, id est, *ut cuivis credas, tu recipias usuras*, periculu-

Bemerkung, allerdings Handschriften, welche statt *aut*, AT lesen. Auch Haloander hat diese Leseart; und Brenkmann billiget sie ebenfalls in dem Göttingischen Corpus iuris. Dennoch ist Noodts Erklärung dieser Stelle ganz unrichtig, wie POTHIER in Pand. Iustin. c. l. not. l. gezeigt hat. Daß die Worte *ant si* etc. eine Ausnahme von der unmittelbar vorhergehenden Regel enthalten, bestätigen auch die *Basilica* Tom. II. Lib, XXIV. Tit. 1. Const. 6. §. 4. pag. 134. *ἐι δὲ ὑπερ σοῦ μόνου, ὀυκ ἐνέχομαι ἐι μὴ ἄρα ὀυκ ἂν ἔπραξας, ει μὴ ἐνετειλάμην, ἢ καὶ ἐμοὶ διαφέρει.* i. e. *Sin autem pro te solum, sc. mandavero, non teneor: nisi forte non esses facturus, si non mandassem, vel si mea quoque interfuit.* Die Noodtische Erklärung hat ausführlich widerlegt *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. lection. iuris civ. pag. 87. sq.

30) Auf diese Ausnahme beziehen sich auch wohl die Worte im §. *6. I. de mandato*: Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio foenerares? Sed obtinuit SABINI sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: *quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.* Denn daß über die Gültigkeit des Mandats, welches entweder zum Vortheil eines Dritten allein, oder dem Mandatar und einem Dritten zugleich zum Vortheil gereicht, unter den alten Römischen Rechtsgelehrten gestritten worden sey, davon findet sich keine Spur. Man sehe hier vorzüglich *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 4.

riculum duntaxat ad me pertineat; jam extra mandati formam est: quemadmodum si mandem, ut *tibi* [31]) quemvis fundum emas. Aus allen ergiebt sich also soviel, daß sich der Auftrag immer auf eine dem Bevollmächtigten wenigstens in einiger Hinsicht fremde Sache beziehen muß; sonst verliert er sich in einen bloßen Rath, der, wie noch in der Folge gezeigt werden wird, an sich weder Rechte noch Verbindlichkeiten erzeugt; und wie Celsus lehrte, auch selbst dann nicht als Mandat besteht, wenn der den Auftrag ertheilende die Gefahr des Geschäfts über sich nimmt [32]). Schon der oben aufgestellte Begriff des Bevollmächtigungs-Contracts bringt

31) Die Florentinische Leseart *mihi* ist hier offenbar unrichtig, wie auch VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. und *Ger.* NOODT Probabil. Lib. IV. cap. 12. *Operum* Tom. I pag. 86. bemerkt haben. Haloander und Baudoza lesen ebenfalls *tibi.* Eben so unser Cod. Pand. Erlang. Die *Basilica* Tom. II. pag. 157. stimmen jedoch mit der Florentinischen Leseart überein. Hier heißt es: *ὥσπερ ἐὰν ἐντείλωμαί σοι ἀγοράσαι μοι ἀγρὸν ὃν ἂν θελήσῃς*: i. e. *quemadmodum si mandem tibi, ut, quem fundum volueris, mihi emas.*

32) Anderer Meinung ist zwar COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 1. welcher daher die *L. 48. §. ult. D. h. t.* in den Worten: periculum duntaxat *ad me* pertineat, für fehlerhaft halten, und statt *ad me* vielmehr *ad te* lesen will. Allein es findet sich hierüber nirgends eine Verschiedenheit der Leseart, wie es der Fall mit dem in den Schlußworten vorkommenden *mihi* statt tibi ist. Auch das Wort *duntaxat* bey den Worten ad me erlaubt eine solche Veränderung der Leseart nicht. Die *Basilica* Tom. II. pag. 157. stimmen mit der Leseart unserer Pandecten auf das genaueste überein: *μόνος δὲ ὁ κίνδυνος εἰς ἐμὲ φέρεται.*

bringt es mit sich, daß nur fremde, also nicht des Mandatempfängers ausschließend eigene Geschäfte, ein Gegenstand desselben seyn können, und noch mehr überzeugt uns hiervon der allgemeine Grundsatz bey diesem Contract, daß der Bevollmächtigte nicht im eigenen Namen handelt, sondern die Person des Gewaltgebers vorstellt, und das, was dieser dem Auftrage gemäß verrichtet hat, eben so anzusehen ist, als wenn es der Principal selbst gethan hätte [33].

Hieraus erklären sich nun noch verschiedene Eintheilungen des Mandats. Besorgt nämlich der Mandatar das ihm aufgetragene Geschäft zwar im Namen des Gewaltgebers, aber zu seinem eigenen Vortheil, so nennt man dasselbe ein *mandatum in rem suam*, besorgt er es aber bloß zum Vortheil des Gewaltgebers oder wenigstens nur um seinet willen, so nennt man dieß ein *mandatum in rem alienam*. Zu jenem gehören alle mit der Abtretung von Rechten ausdrücklich oder stillschweigend verbundenen Vollmachtsertheilungen, welche dem Cessionar, der denn auch als ein Bevollmächtigter (procurator in rem suam) anzusehen ist [34], die Realisirung derselben möglich machen, und seinen Regreß gegen den Cedenten, als Gewaltgeber, sichern [35].

Mit

33) S. *Io. Eberwin.* DILTHEY Diss. de persona mandantis mandatario imposita. *Goettingae 1743.* §. 3. et 4.

34) *L. 8. in fin. D. h. t. L.* 3. §. 5. *D. de in rem verso. L. 24. pr. D. de minorib. L. 76. D. de solut.* S. *Io. Dan.* GRUBER Diss. de actionibus mandatis. *Halae* 1723.

35) *L. 22. §. 2. D. h. t.*

Mit dem Auftrage kann auch zugleich eine Intercession von Seiten des Gewaltgebers verknüpft seyn, wenn er nämlich dem Mandatar aufträgt, Etwas zum Besten eines Dritten auf seine Gefahr zu thun, z. B. einem Dritten zu creditiren, oder für ihn zu intercediren [36]. Ein solcher Auftrag wird *mandatum qualificatum* [37], ein jeder andere aber, der mit einer solchen Intercession nicht verbunden ist, *mandatum simplex* genennt. Ersteres unterscheidet sich von dem letztern darin, daß diejenigen ein solches Mandat zu ertheilen unfähig sind, welche fremde Verbindlichkeiten nicht gültig übernehmen können, z. B. Frauenspersonen [38].

§. 953.

Mandatum rei turpis.

Nur erlaubte Geschäfte, welche nicht der Sittlichkeit entgegenstreiten, und ohne Widerspruch der Gesetze durch Andere verrichtet werden können [39], sind ein Gegenstand des Vollmachtscontracts [40]. Ein zur Vornahme schändlicher

36) Beyspiele enthalten *L. 24. D. de fideiussor. L.* 58. §. 1. *D. h. t. L. 19. L. 22. Cod. de fideiussorib. L. 8. Cod. mandati.* S. *Thom. Adr. van* ADRICHEM Diss. ad Fragmentum Pauli ex libro IV. Quaestionum, quod extat in L. 58. §. 1. D. mandati. *Lugd. Batavor.* 1786. 4. Cap. 2.

37) S. den 14. Th. dieses Commentars und dessen 2. Abschn. §. 920. Not. 30. S. 444.

38) *L. 6. et 7. D. ad SCtum Vellejan.*

39) *L. 90. D. de acquir. vel omitt. heredit.* VOET Comm. h. t. §. 7. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XV. c. 16.

40) CICERO *de amicitia* cap. 13. Haec prima lex in amicitia sanciatur, ut ab amicis honesta petamus, amicorum causa honesta faciamus.

licher Handlungen, z. B. einen Andern zu bestehlen, zu verletzen, zu injuriiren, ertheilter Auftrag ist nichtig [41]). Denn er steht mit der bona fides im Widerspruche, welche eine wesentliche Eigenschaft jedes Mandats ist [42]). Ein solcher Auftrag verpflichtet daher weder denjenigen, welcher ihn übernommen hat, zur Vollziehung, noch den Ertheiler zur Entschädigung des erstern, wenn dieser ihn vollzogen hat, und dadurch in Schaden gerathen, oder darüber in Strafe genommen worden ist [43]). Kurz es entsteht aus einer solchen Bevollmächtigung kein rechtliches Mandatsverhältniß, keine Klage, wenn auch der Geber des Auftrags dem Vollzieher desselben auf jenen Fall ausdrücklich zu entschädigen versprochen hätte [44]). Dem Staate aber, dessen Gesetze dadurch übertreten worden sind, sind beyde zur Strafe, so wie dem Dritten, welcher dadurch verletzt worden ist, zur Entschädigung in solidum

41) *L. 6. §. 3. D. h. t.* Rei turpis nullum mandatum est, et ideo hac actione sc. mandati non agetur. S. *Sam.* STRYK Diss. de mandato delinquendi. *Halae 1704.* und *Nic. Christph.* LYNCKER Diss. de mandato rei turpis. *Ienae 1699.*

42) *L. 12. §. 11. D. h. t.* Quasi adversus bonam fidem mandatum sit.

43) *§. 7. I. de mandato.* Illud quoque mandatum non est obligatorium, *quod contra bonos mores est*: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de iniuria facienda mandet tibi: licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem. — *L. 22. §. 6. D. h. t.* Qui aedem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, mandatum suscipiat, nihil mandati iudicio consequi potest, *propter turpitudinem mandati.*

44) Arg. *L. 70. §. ult. D. de fideiussor.* VOET h. t. §. 6.

lidum verpflichtet [45]). Unter schändlichen Handlungen werden jedoch hier nicht blos Verbrechen, sondern auch andere Handlungen verstanden, welche gegen die guten Sitten streiten. Ein Beyspiel führt **Ulpian** an *L.* 12. §. 11. *D. h. t.* Si adolescens luxuriosus mandet tibi, *ut pro meretrice fideiubeas*, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem: quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati; quasi adversus bonam fidem mandatum sit. So wie das Gesetz hier lautet, wäre also der Fall, wo **Ulpian**, der Unsittlichkeit wegen, das Mandat für ungültig erklärt, der, wenn ein ausschweifender Jüngling Jemandem aufträgt, für eine Hure Bürgschaft zu leisten, denn daß sey eben so gut, als ob man ihm selbst zu seiner Verschwendung Geld vorstreckte. Allein daß der in dem Gesetz angeführte Grund nicht zu dem vorgetragenen Falle paßt, leuchtet in die Augen. Vergleichen wir hiermit die **Basiliken** [46]), so scheint es fast keinem Zweifel unterworffen zu seyn,

45) *L.* 11. §. 3. *L.* 15. §. 8. *D. de iniur.* *L.* 5. §. 14. *D. Quod vi aut clam.* *L.* 5. *Cod. de accusat.* *L.* 15. §. 1. *D. ad L. Cornel de sicar.* *L.* 7. §. 5. *D. de iurisd.* S. *Ev.* OTTO Comment. ad §. 7. I. de mand. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXXIII. medit. 3. 4. et. 5. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXI. Th. 1. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 36. **Kleinschrod's** syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 185. und **Tittmanns** Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 118.

46) Tom. II. pag. 141.

seyn, daß hier durch irgend einen Zufall ein Fehler in die Leseart unserer Pandecten sich eingeschlichen haben müsse. Die Griechen tragen **Ulpians** Worte in ihrer Sprache so vor: *Ἐάν ἐν εἰδήσει κατά ἐντολήν ἀσώτȣ νέου εγγυήσῃ ὑπὲρ αὐτȣ͂ πόρνῃ, ȣ̓κ ἔχεις τήν περὶ ἐντολῆς ἀγωγὴν· ἔοικας γὰρ τῷ δανείζοντι ἀσώτῳ. τὸ αὐτὸ ἐστι καὶ ὅτε καταβαλεῖν τῇ πόρνῃ ἐντείληταί σοι.* Dieß heißt nun nach einer richtigen Uebersetzung soviel: *Si sciens mandatu adolescentis luxuriosi* *p r o e o a p u d m e r e t r i c e m* 47) *fideiusseris, non habes mandati actionem: non enim absimilis es ei, qui prodigo credit. Idem est, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam numeres.* Diesemnach wäre also statt *pro meretrice* vielmehr *pro eo apud meretricem* zu lesen 48). Uebrigens wird hier überall vorausgesetzt, daß der Mandatar gewußt habe, der Auftrag gehe auf etwas Unerlaubtes. Befand er sich deshalb in einer verzeihlichen Unwissenheit, so kann ihm die actio mandati mit Recht nicht versagt werden, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet. **Ulpian** sagt *L.* 12. §. 13. *D. h. t.* Si quis mandaverit filiofamilias credendam pecuniam, non contra Senatusconsultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio, vel de in rem verso vel quod iussu pa-

 ter

47) Fabrot übersetzt unrichtig *pro meretrice.* Man vergleiche nur hiermit die Erklärung des griechischen Scholiasten Basilicor. T. II. pag. 18c. *Θεμάτισον ἤ ἐγγυήσασθαί σε τὸν νέον πρός τὴν πόρνην, ὡς αὐτῆς αὐτȣ͂ καταβαλλεῖν.* etc. i. e. *Pone te vel apud meretricem fideiussisse, adolescentis nomine soluturum;* so wird man sich noch mehr davon überzeugen.

48) S. *Io. Bergh.* KOEHLER Interpretat. et Emendationum Iuris Rom. Lib. I. cap. 12. §. 8. pag. 114. sq.

ter teneretur: erit licitum mandatum. Hoc amplius dico, si cum dubitarem, utrum contra SCtum acciperet, an non, nec essem daturus contra SCtum accipienti, intercesserit, qui diceret, non accipere contra Senatusconsultum, et periculo meo crede, dicat, bene credis: arbitror, locum esse mandato, et mandati eum teneri. Ein Mandat zu einem Gelddarlehn für einen filiusfamilias ist also nur insofern gültig, als die aus dem Darlehn entstehende Klage, condictio certi ex mutuo, durch das SCtum Macedonianum nicht entkräftet werden kann. Doch findet insoweit eine Ausnahme Statt, daß wenn der Gläubiger im Zweifel steht, ob der filiusfamilias das Geld zu rechtlichen Zwecken aufnehme, ein Dritter aber ins Mittel tritt, welcher dem Gläubiger, der nicht die Absicht hatte, gegen das Gesetz zu handeln, versichert, der Schuldner empfange das Geld nicht dem Senatusconsultum zuwider, er solle es ihm auf seine Gefahr geben, das Mandat in diesem Falle gilt, und die actio mandati wenigstens gegen den Gewaltgeber gegründet ist.

Ob und in wiefern bey einem mandato rei turpis der Exceß des Bevollmächtigten dem Prinzipal zuzurechnen sey, hängt davon ab, ob der Bevollmächtigte den Auftrag pünktlich vollzog, die Folge aber doch viel schädlicher ausfiel, als der Prinzipal anfangs dachte, oder ob der Mandatar eine ganz andere Handlung, als ihm war aufgetragen worden, vollbrachte. Im ersten Falle wird der Erfolg, er sey, welcher er wolle, dem Machtgeber billig zugerechnet [49]), in dem letztern aber nicht. Hier ist der Bevoll-

49) *Cap. 3. de homicidio in 6to.* S. Kleinschrods angef. Entwicke-

vollmächtigte als der eigentliche, der Machtgeber aber nur als verschuldeter Urheber zu bestrafen [50]).

§. 954.

Verbindlichkeiten des Mandatars.

Der Bevollmächtigte ist nun verbunden, den übernommenen Auftrag, der ihm ertheilten Vollmacht gemäß, zu vollziehen und zwar I. **in eigener Person**, wenn das Geschäft von solcher Wichtigkeit ist, daß man nicht annehmen kann, der Gewaltgeber werde, ausser dem Mandatar, irgend einem Andern das nehmliche Vertrauen geschenkt haben, das Geschäft sey übrigens ein gerichtliches oder aussergerichtliches, wenn es nur von der Beschaffenheit ist, daß auf die persönlichen Eigenschaften des Bevollmächtigten gerechnet worden. Ausserdem kann dem Mandatar die Befugniß, einen Andern für sich zu substituiren, nicht abgesprochen werden [51]). Folgende Gesetzstellen werden uns davon hinlänglich überzeugen.

L. 8.

wickelung 1. Th. §. 187. und Tittmanns Handbuch des gemeinen peinl. Rechts 1. Th. §. 119.

50) *L.* 11. *pr. D. de doli mali et met. except.* alienus dolus nocere alteri non debet. Anderer Meinung sind zwar *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXI. Th. 2. und *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. Allein man sehe PÜTTMANN Prol. de excessu eius, cui aut verberatio aut vulneratio alicuius mandata est, mandanti non imputando: in *Opuscul. iuris crim.* Nr. I. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 36. und FARINACIUS Quaestion. crim. Qu. 135. nr. 150—170.

51) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXXII. §. 15. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant.* SCHUL-

TING

L. 8. §. 3. *D. h. t.* Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, *qui ipse sibi mandaverat*, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur: tenetur autem, quia agere potest. Quanquam enim vulgo dicatur, procuratorem ante litem contestatem facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim duntaxat hoc facere non potest.

Darf also ein Procurator nur allein ad agendum vor der Litiscontestation keinen Substituten ernennen, so muß es ihm wohl in allen übrigen Fällen erlaubt seyn. Heutzutage darf jedoch ein gerichtlicher Procurator auch selbst nach der Litiscontestation keinen After-Anwalt bestellen, wenn ihm diese Befugniß in der Vollmacht nicht ausdrücklich ertheilt worden ist, weil die Wirkung der Litiscontestation, durch welche das dominium litis nach dem römischen Recht auf den Procurator übergieng, bey uns wegfällt [52]).

Cap. ult. de procurator. in 6to. Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. *Et quamvis alias is, qui constituitur ad negotia procurator, alium dare possit, in hoc tamen casu propter magnum, quod ex facto tam arduo posset periculum imminere, non pote-*

TING Thes. controv. Dec. LX. Th. 9. *de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. et 4. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 17. et 18. Anderer Meinung ist zwar EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. h. Allein man sehe Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, 2. B. 6. Abh. S. 169. ff.

52) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 402. S. 294.

poterit deputare alium, nisi hoc eidem specialiter sit commissum.

Auf jeden Fall ist jedoch der Mandatar für die Handlungen seines Substituten verantwortlich, und zwar steht er, wenn er nicht ausdrückliche Erlaubniß zur Substitution hatte, für das kleinste Versehen in der Auswahl des Substituten [53]). Uebrigens entsteht aus einer ohne des Gewaltgebers ausdrückliche Erlaubniß unternommenen Substitution zwar zwischen dem Bevollmächtigten und seinem Substituten obligatio mandati, zwischen diesem hingegen und dem Gewaltgeber nur das mit einer Geschäftsführung verknüpfte Rechtsverhältniß [54]).

II. Der Bevollmächtigte muß ferner bey der Ausrichtung des ihm aufgetragenen Geschäfts den möglichst höchsten Fleiß anwenden. Denn auch das geringste Versehen wird ihm als eine Culpa zur Last gelegt, für die er verantwortlich ist. Folgende Gesetzstellen geben uns hierüber den unzweydeutigsten Beweis.

L. 13. *Cod. h. t.* A procuratore dolum et *omnem culpam*, non etiam improvisum casum praestandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur.

L. 21.

53) *L.* 21. §. 3. *D. de negot gest. L.* 2. §. 1. *D. Si mensor falsum mod. dixerit.* S. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 373. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 513. Not a. Trift ihn bey der Wahl des Substituten kein Vorwurf irgend einer Ungeschicklichkeit, so haftet er für nichts. Arg. *L.* 50. *D. de adm. tutor.* S. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 867.

54) *L.* 28. *D. de negot. gest.* S. Buchners angef. Abh. §. 77.

L. 21. *Cod. eodem.* In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia *exacto officio* geruntur, *nec quidquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.*

Allein so deutlich und bestimmt auch in diesen Gesetzen der daraus oben abgeleitete Satz ausgesprochen ist, so viel Zweifel haben dennoch viele Rechtsgelehrten dagegen erregt. Sie glauben, diese Verordnungen könnten entweder nicht so allgemein verstanden werden, als sie lauten, oder sie müßten einen ganz andern Sinn haben, wenn sie nicht mit der Vernunft, und den anerkanntesten Principien des römischen Rechts, ja selbst mit andern bestimmten Entscheidungen der Gesetze in offenbarem Widerspruche stehen sollen. Der Bevollmächtigte habe ja in der Regel keinen Vortheil, und hiernach müsse doch vorzüglich der Grad der Culpa, und die größere oder geringere Imputabilität, selbst nach gesetzlicher Vorschrift [55]), bemessen werden. In den Contracten, wo einer für dasjenige, was er dem andern leistet, bezahlt wird, z. B. im Miethcontract, wurde nur culpa levis prästirt, und hier, wo ein Freund dem andern einen Dienst umsonst und aus Gefälligkeit leistet, soll den Freund schon das geringste Versehen verantwortlich machen! wie hart, wie inconsequent! Der Hinterlegungscontract sey auch ein unentgeldlicher Contract, welcher auf Freundschaft und Zutrauen beruht.

55) *L.* 5. §. 2. *D. Commodati. L.* 108. §. 12. *D. de legat. I.*

beruht. Warum soll nun der Depositar milder zu behandeln seyn, als der Mandatar? Kann und muß denn nicht auch der Gewaltgeber, bey dem man doch hinlängliche Kenntniß von dem Charakter des Bevollmächtigten mit vollem Recht voraussetzen darf, in der Wahl desselben die nöthige Vorsicht anwenden? Soll es nun der Hinterleger seinem Leichtsinn zuschreiben, quod negligenti amico rem custodiendam tradiderit, wie Justinian [56]) sagt, warum sollte es nicht auf gleiche Weise dem Gewaltgeber zur Last fallen, daß er einem nachläßigen Freunde die Besorgung seiner Geschäfte übertragen hat? Man führt überdem noch eine Menge Gesetze an, welche uns vom Gegentheil unserer Meinung überzeugen sollen. Es sind folgende.

L. 8. §. 9. *et* 10. *D. h. t.* Dolo autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit. Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. *Sed et si dolo emere neglexisti* (forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret) *aut si lata culpa* (forte si gratia ductus, passus es alium emere) teneberis. Sed et si servus. quem emisti, fugit, si quidem *dolo tuo*, teneberis: si *dolus* non intervenit, nec *culpa*, non teneberis, nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restituturum.

L. 10. *pr. D. eodem.* Nihil enim amplius, quam *bonam fidem*, praestare eum oportet, qui procurat.

L. 29. *pr. D. eodem.* Si fideiussor conventus, cum ignoraret, non fuisse debitori numeratam pecuniam, solve-

56) §. 3. *I. Quib mod. re contrah. obligatio.*

ſolverit ex cauſa fideiuſſionis, an mandati iudicio perſequi poſſit id, quod ſolverit, quaeritur? Et ſi quidem ſciens praetermiſerit exceptionem vel doli, vel non numeratae pecuniae, videtur dolo verſari: *diſſoluta enim negligentia prope dolum eſt.* Ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur.

L. 10. *Cod. de procurator.* Si procurator ad unam ſpeciem conſtitutus, officium mandati egreſſus eſt, id quod geſſit, nullum domino praeiudicium facere potuit. Quod ſi plenam poteſtatem agendi habuit, rem iudicatam reſcindi non oportet: cum *ſi quid fraude, vel doloſo egerit*, convenire eum more judiciorum non prohibearis.

Nach dieſen Geſetzen ſoll alſo der Bevollmächtigte nur für einen Betrug und grobes Verſehen zu haften verbunden ſeyn. **Johann Brunnemann** [57]), **Everhard Otto** [58]) und **Abraham Wieling** [59]) ſtellen dieſes auch als Regel auf, und erklären jene Verordnungen des Codex blos ausnahmsweiſe von dem Falle, da entweder der Bevollmächtigte ein Honorar erhält, oder das Geſchäft eine gewiſſe Kunſt und Geſchicklichkeit erfordert, welche bey dem Mandatar vorausgeſetzt worden iſt; wie z. B. gerichtliche Geſchäfte, in welchen Fällen er culpam leviſſimam präſtiren müſſe.

Weil jedoch in andern Geſetzſtellen, auſſer dem Dolus, auch noch inſonderheit von der culpae praeſtatio die Rede

57) Comment. ad L. 10. D. h. t. nr. 1.

58) Commentar. ad §. 11. I. de mandato.

59) ad *Reinoldi* Opuſcula pag. 581. not. (*).

Rede ist, so glauben andere [60]), daß der Mandatar in der Regel culpam levem prästire. Diese berufen sich vorzüglich auf folgende Gesetzstellen.

L. 23. D. de div. reg. iur. Contractus quidam *dolum malum* duntaxat recipiunt, quidam *et dolum et culpam.* Dolum tantum, depositum et precarium. *Dolum et culpam*, mandatum, commodatum, venditum. etc.

L. 11. Cod. h. t. Procuratorem non tantum pro his, quae gessit, sed etiam pro his, quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam non exactam, *tam dolum, quam culpam*, sumtuum ratione bona fide habita, praestare necesse est.

Aus diesen Gesetzen erhellet wenigstens ganz augenscheinlich soviel, daß in Absicht auf culpae praestatio nicht das nämliche Rechtsverhältniß beym Mandat, wie beym Depositum Statt findet, sondern beyde Contracte in dieser Hinsicht ausdrücklich unterschieden werden. Der Unterschied zwischen dem Depositum und Mandatum leuchtet auch in die Augen. Denn ersteres erfordert von Seiten des Depositars nur Treue in Verwahrung der Sache; letzteres aber zugleich Fleiß und Geschicklichkeit des Mandatars bey Ausrichtung des übernommenen Geschäfts.

60) *Franc.* DUARENUS ad h. Tit. Cap. 2. pag 1011. *Hent.* ZOESIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 14. *Ge.* BEYER Delineat. iuris civ. sec. Pandect. h. t. posit. 19—23. *Christfr.* WAECHTLER Tr. de gradibus culpae in contractibus. cap. 12. LUDOVICI Doct. Pand. h. t. §. 6. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 7. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 926. Not. 3. und Buchner in dem angef. Versuche §. 81.

schäfts [61]). Diejenigen Rechtsgelehrten, welche den Mandatar blos zur Anwendung des gemeinen Fleisses, so wie man ihn von jedem ordentlichen Mann erwartet, verpflichtet wissen wollen, glauben, es komme auf die *L.* 13. und *L.* 21. *C. h. t.* wenig an, weil die Gesetzgeber in der Lehre von der Culpa gar keine feste und bestimmte Terminologie hätten. Die Worte *omnis culpa* in der *L.* 13. könnten überdem sehr wohl auch blos von der culpa lata und levis verstanden werden. Denn dieselben Kaiser **Diocletian** und **Maximian**, von welchen beyde Gesetze herrühren, hätten in einer der vorhergehenden Verordnungen, *L.* 11. *C. h. t.* nur gesagt, der Bevollmächtigte solle dolum und culpam prästiren, nun werde aber unter culpa, im Gegensatz vom dolus, immer nur culpa levis verstanden. Etwas anders hätten auch wohl diese Kaiser in der *L.* 21. *Cod. eodem* nicht sagen wollen, wo sie das Mandat der Besorgung seiner eigenen Geschäfte entgegen setzen. Ueberhaupt entscheide hier mehr die Natur der Sache und die Billigkeit, als der schwankende Ausdruck des Gesetzes.

Nun giebt es noch Rechtsgelehrte, welche glauben, daß sich alle Schwierigkeit dadurch heben lasse, wenn man unterscheidet, ob das Mandat blos dem Gewaltgeber, oder auch zugleich dem Bevollmächtigten, oder diesem allein zum Vortheil gereiche. In dem ersten Falle stehe der Mandatar blos für den Dolus und grobes Versehen, in dem zweyten für culpa levis, in dem dritten aber für culpa levissima. Diese Meinung behaupteten besonders die Glos-

61) C. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I, Disput. 32. Th. 14.

Glossatoren Martin und Odofredus. Allein daß die angeführten Gesetze auch nicht entfernt dieses Unterschieds gedenken, bedarf wohl keines Beweises. Die Gesetze lauten viel zu bestimmt und allgemein, als daß sie dergleichen Einschränkungen, welche man denselben unterlegt, zulassen sollten. Daher sind die meisten Rechtsgelehrten [62]) der Meinung, daß der Bevollmächtigte bey

62) *Pet.* FABER Comment. ad Tit. Dig. de div. reg. iuris (*Lugd.* 1566. *f.*) ad L. 23. h. t. pag. 81. *Hieron. de* OROZ de Apicibus iuris civ. Lib. V. cap. 5. nr. 18. pag. 366. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23 D. de Reg. iuris Cap. 14. §. 20—30. (in *Thes. Meerman* Tom. III. pag 510).) *Io.* D'AVEZAN Contract. lib. I. cap. 34. (in *Thes. Meerm.* Tom. IV. pag. 62.) *Iac.* OISELIUS ad *Caji* Institutiones Lib. II. Tit. 9. §. 20. not. 14. (in *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 175.) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 375. sq. §. *Sed apparet*. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 52. *Io.* VOET Comm. ad Pand h. t. §. 9. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXI. Th. 5. *Helf. Ulr.* HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. VII. P. IV Qu. 3. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 85—89. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28. *Ge.* FRANTZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 75. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXXIX. medit. 2. *Sam. de* COCCEII iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. et ad *Eundem*. EMMINGHAUS not. x. et y. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 19. A. F. Reinhards Sammlung jurist. philosoph. und krit. Aufsätze 1. B. 5. St. Nr. III. S. 337. ff. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. B. Medit. 99. Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interess. Gegenstände der heut. Civilrechtsgelahrtheit I. B. Betr. 20. Franz Schöman Lehre

bey der Ausrichtung des ihm aufgetragenen Geschäfts der Regel nach den höchsten Grad des Fleißes anwenden müsse. Es fragt sich nur, ob den oben angeführten klaren Verordnungen der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** in *L.* 13. und *L.* 21. *Cod. h. t.* die für die entgegengesetzten Meinungen angeführten Stellen des römischen Gesetzbuches wirklich widerstreiten? Ich glaube es nicht, eine nähere Prüfung derselben wird uns davon überzeugen.

1) Die *L.* 8. §. *ult.* und *L.* 10. *pr. D. h. t.* stehen in dem genauesten Zusammenhange. Beide Stellen sind aus **Ulpians** *lib.* 31. *ad Edictum* entnommen, und nur durch Einschaltung der *L.* 9. aus **Paulus** *lib.* 32. *ad Edictum* getrennt worden. Verbinden wir nun diese beyden Fragmente **Ulpians** mit einander, so ist es klar, daß es nicht die Absicht dieses Rechtsgelehrten war, hier den Grad des Fleißes zu bestimmen, den der Mandatar bey Ausrichtung des übernommenen Geschäfts anwenden muß; sondern **Ulpian** handelt davon, was der Bevollmächtigte vermöge des erhaltenen Mandats dem Gewaltgeber restituiren müsse. Er geht von dem Grundsatz aus, wer nicht restituirt, was er restituiren kann, handelt betrügerisch. Habe ich dir also aufgetragen, mir einen Sklaven zu kaufen, und du hast ihn auch gekauft, so bist du verbunden, mir denselben zu restituiren. Solltest du aber ihn zu kaufen unterlassen haben, so hast du dich entweder von einem Drit-

Lehre vom Schadensersatz 1. Th. S. 190. f. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. IV. §. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 2012. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 528. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 867. u. a. m.

Dritten bestechen lassen, oder du hast es aus Freundschaft für ihn gethan. In beyden Fällen kann ich dich belangen. Denn in dem ersten Falle hast du dich eines Dolus, in dem andern einer culpa lata schuldig gemacht [63]). Wie aber, fährt **Ulpian** fort, wenn der Sklave, den du mir gekauft hast, entflohen wäre? Es kommt auch hier darauf an, ob es durch deinen Dolus geschehen ist, oder nicht. In jenem Falle bist du mir zur Entschädigung verbunden. Fällt dir aber weder ein Dolus, noch eine Culpa zur Last, so kann ich weiter nichts von dir verlangen, als daß du mir Caution leistest, du wollest mir den Sklaven restituiren, wenn er wieder in deine Gewalt kommen sollte. Nun kann aber noch die Frage entstehen, worin eigentlich die Restitution bestehe, zu welcher der Mandatar verbunden ist. Diese Restitution, sagt **Ulpian**, besteht darin, daß du mir Erstens den Sklaven übergiebst, und Zweitens, wenn dir der Verkäufer wegen der Entwährung Caution geleistet hat, oder du noch Cautionsleistung von ihm verlangen kannst, daß du mir die Klage gegen den Verkäufer cedirst, und mich zum procurator in rem meam machst. Dieß ist hinlänglich. Denn mehr, als du selbst durch den Contract erhalten hast, oder noch erhalten kannst, brauchst du mir nicht zu leisten. — Ein Gleiches würde auch in dem Falle Statt finden, wenn ich dir den Auftrag gegeben hätte, für mich ein Grundstück zu kaufen. Denn mehr erlaubt

63) Es ist merkwürdig, daß hier nicht allein eine wissentlich, sondern auch eine aus Neigung begangene Illegalität als culpa lata betrachtet, und dieser eine aus Gewinnsucht begangene als dolus entgegengesetzt wird. S. Egid. von Löhr Theorie der Culpa. 1. Abschn. §. 6.

erlaubt die Billigkeit nicht von einem Bevollmächtigten zu verlangen, als daß er seiner Pflicht ein Genüge thut [64]). Wo ist hier der geringste Widerspruch zwischen diesen Fragmenten, und den neuern Verordnungen des Codex?

2) Einen wichtigern Zweifel enthält freylich die Stelle Ulpians *L.* 29. *D. h. t.* Hier wird nämlich dem Bürgen, wenn er belangt wird, nur die wissentlich unterlassene Vorschützung derjenigen Einreden, die dem Schuldner zugekommen wären, als culpa angerechnet. Fällt ihm diese nicht zur Last, so soll ihm wegen dessen, was er für den Schuldner bezahlt hat, die actio mandati contraria nicht versagt werden. Allein den Grund dieser besondern Entscheidung giebt schon Ulpian selbst an. Er liegt darin, daß der Schuldner selbst Ursache dieser Unwissenheit ist, die er leicht heben konnte, und auch zu heben verbunden war. Ulpian sagt nämlich: *potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.*

3) Die übrigen Gesetze, welche von der culpae praestatio des Mandatars reden, nämlich *L.* 23. *D. de reg. iuris*, *L.* 11. *Cod. h. t.* erhalten ihre nähere Bestimmung durch

64) Sehr richtig sagt POTHIER in Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXI. not. d. pag. 466. *Bona fides seu aequitas hoc tantum praecipit, ut restituat mandatarius, quod ex causa mandati consecutus est, non ultra. Hinc male concludas, procuratorem non teneri de culpa: nam haec bona fides exigit, ut exactam diligentiam adhibeat, et parem negotio, quod gerendum suscepit.* Man vergleiche noch *Frid. Es.* PUFENDORF Commentat. de culpa P. IV. Cap. III. §. 4. pag. 243. SCHILTER cit. loc. §. 86. et 87. und *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXI. th. 5.

durch die *L.* 13. und *L.* 21. *Cod. eodem*, und widerstreiten einander nicht im mindesten. Auch die griechischen Ausleger **Thaleläus** und **Theodorus Hermopolites**, welche **Oiselius** [65]) anführt, haben diese Gesetze gar nicht anders verstanden, als daß der Bevollmächtigte culpam levissimam prästiren müsse. Es fragt sich nur aber, aus welchem Grunde dem Mandatar eine so strenge Verbindlichkeit aufgelegt worden sey, da doch derselbe alle Last von dem Contracte hat? Es ist nicht unwahrscheinlich, daß ursprünglich ein Grund hiervon in der Denkungsart der Römer zu suchen sey. **Cicero** bemerkt in der oben (S. 243. f.) angeführten Stelle, man habe Niemanden einen Auftrag ertheilt, als den man für seinen Freund, und für einen vorzüglich geschickten und ehrlichen Mann hielt, auf den man sein Vertrauen setzen könne. Von einem Römischen Bürger zum Bevollmächtigten bestellt zu werden, wurde demnach für eine besondere Ehre gehalten [66]). Man erwartete daher auch von ihm, daß er dieser guten Meinung um so mehr entsprechen werde, da seine ganze bürgerliche Ehre in Gefahr kam, wenn er sich irgend eine Nachläßigkeit zu Schulden kommen ließ. *In rebus privatis*, sagt **Cicero**, *si qui rem mandatam gessisset negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant.* In der Folge mag sich vielleicht diese Denkungsart der Römer geändert haben, die Sache selbst ward aber dennoch beybehalten. Es blieb immer noch ein anderer Grund übrig, der jene strenge Verbindlichkeit des

65) Bey SCHULTING in Iurispr. Antejust. pag. 175.

66) S. Reinhards Samml. jurist. philos. und kritischer Aufsätze 1. Bandes 5. Stück S. 347.

des Mandatars aufrecht erhielt, nämlich der, welchen Paulus anführt *L.* 5. *pr. D. h. t.* weil der Bevollmächtigte sich streng an die ihm vorgezeichneten Gränzen des Auftrags halten muß. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt:* sagt Paulus, nam qui excessit, aliud quid facere videtur, und an einem andern Ort, *L.* 46. *D. eodem* lehrt eben dieser römische Jurist: Igitur *commodissime* illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, *recedi a forma non debeat.* Schon diese Pflicht fordert die strengste Sorgfalt bey Besorgung des Geschäfts [67]), und die Natur der Sache bringt es daher mit sich, daß die Uebernahme eines Auftrags das stillschweigende Versprechen des höchsten Fleißes enthält [68]). Gleichwohl behaupten mehrere, daß heut zu Tage ein Bevollmächtigter der Regel nach nur für culpa levis hafte, wenn er das Geschäft umsonst verrichtet [69]). Vergleicht man indessen die Schriften der practischen Juristen, so findet man nicht, daß nach dieser Meinung durchgehends gesprochen werde [70]).

III. Der

67) Diesen Grund führt besonders OROZ de Apicibus iur. civ. Lib. V. cap. V. nr. 18. an.

68) S. *Hug.* DONELLUS in Comm. ad L. 11. Cod. h. t. nr. 44. und von Löhr Theorie der Culpa. §. 24.

69) S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXVIII. §. 90—92. Estors deutsche Rechtsgelahrtheit. 2. Th. Hptst. 68. §. 4811. Reinhard in der angef. Samml. S. 333.

70) Man vergl. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 20. Def. 11. nr. 6. COTHMANN Respons. iur. Vol. 1. Resp. 44. nr. 18. PHILIPPI Observat. iuris pract. ex Decision. Decis. XLII. Obs. 1. nr. 5. LEYSER Specim. CLXXIX. med. 2.

III. Der Mandatar darf die Grenzen des Auftrags nicht überschreiten [71]. Denn diese bestimmen den Umfang seiner Gewalt. Hier kommt nun zunächst alles auf die Art des ertheilten Auftrags an. Das Mandat kann nämlich nach dem Umfange der übertragenen Gewalt entweder ein universelles, oder ein generelles, oder ein specielles seyn. Ersteres betrift alle und jede auf das ganze Vermögen des Gewaltgebers sich beziehenden Geschäfte. Ein solcher Bevollmächtigter wird in den römischen Gesetzen mit den Ausdrücken *procurator universorum bonorum*, *procurator seu administrator omnium bonorum*, *rerum*, *negotiorum* bezeichnet [72]. So groß auch der Umfang seiner Gewalt scheinen mag, so darf sie doch nicht weiter ausgedehnet werden, als der zu vermuthende Wille des Gewaltgebers geht. Ein solcher Universal-Procurator darf daher nicht nach bloßer Willkühr handeln, und Geschäfte schließen, an welche der Gewaltgeber gar nicht gedacht haben konnte, sondern welche er vielmehr gemißbilliget haben würde, weil sie zu seinem Nachtheile gerei-

 chen.

71) §. 8. *l. de mandato.* Is, qui exequitur mandatum, *non debet excedere fines mandati.* Ut ecce, si usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fideiubere: *alioquin non habebis cum eo mandati actionem.* S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. de mandatario mandatum excedente. *Gedani* 1728. *Gust. Bernh.* BECMANN Diss. de obligatione mandantis erga mandatarium fines mandati excedentem. *Halae* 1747. rec. 1767. *Io. Ios.* FLACH Diss. de eo, quod iustum est circa mandatarium fines mandati excedentem. *Marb.* 1752. und *Christ. Henr.* BREUNING D. de obligatione mandati non servatis limitibus. *Lipsiae* 1768.

chen. Veranlassung und Zweck des Auftrags, so wie die Lage und die gewöhnliche Handlungsweise des Gewaltgebers müssen vielmehr in den vorkommenden Fällen den Umfang seiner Gewalt bestimmen [73]). Denn keine Vollmacht, mithin auch keine Universal-Vollmacht, geht weiter, und kann auch ihrem Wesen nach weiter gehen, als *quatenus res ex fide gerenda esset*, wie Scävola [74]) sagt. Ein procurator universalis darf sich daher keine willkührliche Veräusserungen erlauben, nur nothwendige Veräusserungen ist er zu unternehmen befugt, auf welche entweder ein Dritter zu dringen vollkommen berechtiget ist, oder ohne welche der Principal durch Untergang oder Verminderung des Werths einer Sache offenbaren Schaden leiden würde. Modestin sagt *L. 63. D. de procurator.* Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles, neque servus sine speciali domini mandatu alienare potest: nisi fructus, aut alias res, quae facile corrumpi possunt. Nur unter der Voraussetzung der Nothwendigkeit oder des offenbaren Vortheils kann er daher Processe führen [75]), Vergleiche schließen [76]), Novationen

72) *L. 1. §. 1. D. de procurat. L. 6. §. 6. D. mandati. L. 12. D. de pact. L. 17. §. ult. D. de iureiur. L. 12. pr. D. de solut.*

73) S. Christ. Aug. Günthers rechtliche Bemerkungen. 1. Th. (Helmstädt 1802. 8.) Nr. XIX.

74) *L. 60. §. 4. D. de procurat.*

75) *L. 12. D. de pact. L. 17. §. 16. D. de iniur.*

76) *L. 12. D. de pact. L. 7. pr. D. de calumniat. L. 17. §. ult. D. de iureiur.* vergl. mit *L. 2. D. eodem.*

tionen vornehmen [77]), Zahlungen leisten [78]), Zahlungen eintreiben [79]), und Gelder aufnehmen [80]). Nicht gleiche Gewalt hat derjenige, welchem ein generelles Mandat zur Besorgung einer gewissen Gattung von Geschäften, z. B. zur Führung aller Processe des Gewaltgebers, oder seiner Mercantilgeschäfte gegeben worden ist [81]); z. B. der procurator litium kann in Sachen seines Principals ohne besondern Auftrag keinen Vergleich schliessen, keine Zahlungen annehmen, noch sonst eine Handlung vornehmen, die in dem Begriff und in der Sphäre seines Auftrags gar nicht liegt [82]). Noch mehr beschränkt ist endlich derjenige, welchem blos die Besorgung eines einzelnen Geschäfts ist aufgetragen worden. Dieser darf nichts mehr und nichts anders thun, als was ihm aufgetragen worden ist, sonst macht er den Gewaltgeber nicht verbindlich [83]). In dem Umfange seiner Gewalt liegt jedoch nicht nur dasjenige, was die Worte des Mandats ausdrücken, sondern auch was dem Zweck des Auftrags und der Absicht des Gewaltgebers gemäß ist. Denn dieß ist stillschweigend in der Vollmacht begriffen. Wenn also der Mandatar den Auftrag hat, eine bestimmte Sache für den Gewaltgeber zu kaufen, so darf er sie zwar nicht theue-

rer

77) *L.* 20. §. 1. *D. de novat.*

78) *L.* 59. *D. de procurat.* *L.* 87. *D. de solut.*

79) *L.* 58. *D. de procurat.* *L.* 11. *D. de pact.*

80) *Arg. L.* 11. §. *ult.* , *L.* 12. *D. de pign. act.*

81) *L.* 60. *D. de procurator.*

82) *L.* 86. *D. de solut.* S. Buchners Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrags. § 86.

83) *L.* 5. *pr.* *L.* 46. *D. h. t.*

rer kaufen, als sein Auftrag geht; allein kauft er sie wohlfeiler, oder er hat um den bestimmten Preis nebst der bestimmten Sache noch ein Accessorium derselben prokurirt; so hat er dem Auftrage nicht entgegen gehandelt [84]). Man siehet hieraus, daß der Bevollmächtigte zwar das ihm aufgetragene Geschäft unter vortheilhaftern Bedingungen abschließen dürfe, als das Mandat es vorzeichnet; allein ein anderes Geschäft, als ihm aufgetragen worden, darf er nicht unternehmen, wenn er auch gleich geglaubt hätte, daß es für den Gewaltgeber vortheilhafter sey. Es erklären sich hieraus folgende Gesetzstellen.

L. 3. pr. D. h. t. Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim *nec melior causa mandantis fieri possit* [85]), interdum melior, deterior vero nunquam.

L. 5.

84) §. 8. *I. de mandato in fin.* Quodsi minoris emeris, habebis cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.

85) Scilicet cum sit prorsus aliud, quam quod mandatum est: quamvis hoc esset utilius mandatori, wie POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLIX not. k. diese Worte ganz richtig erklärt. Wenn ich also meinem Bevollmächtigten den Auftrag gab, mir das Haus des A. um 2000 fl. zu kaufen, er hat mir aber das Haus des B. um diesen Preis gekauft, so hat er gegen meinen Auftrag gehandelt, wenn auch gleich das Haus des B weit mehr werth wäre, und ich bin die Handlung desselben anzuerkennen nicht schuldig. Denn der Mandatar hat es nicht zu beurtheilen, ob dieses oder jenes Geschäft für den Gewaltgeber nützlicher sey, dieses muß er allein dem letztern überlassen. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. 3. pr. und *Sam.* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

L. 5. §. 2. *D. eodem.* Itaque si mandavero tibi, ut domum Sejanam centum emeres, tuque Titianam emeris longe maioris pretii, centum tamen, aut etiam minoris: non videris implesse mandatum.

L. 5. §. 5. *D. eodem.* Melior autem causa mandantis fieri potest, si cum tibi mandassem, ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris; vel tantidem, ut aliud quidquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium, aut intra pretium fecisti.

Es kommt jedoch bey der Beurtheilung der Gränzen des Mandats nach **Paulus** Lehre in der *L.* 46. *D. h. t.* noch insonderheit darauf an, ob das mandatum *certum* oder ob es *incertum* vel *plurium causarum* ist. Das mandatum ist *certum*, wenn es auf ein Geschäft gerichtet ist, welches anders nicht, als auf eine gewisse Art, denjenigen Zweck und Erfolg haben kann, welchen der Gewaltgeber dabey beabsichtiget hat. Kann hingegen der Zweck und die Absicht des Gewaltgebers auf mehr als eine Art durch die Besorgung des aufgetragenen Geschäfts erreicht werden, so nennt **Paulus** das mandatum *incertum* vel *plurium causarum* [96]). Im ersten Falle darf der Bevollmächtigte bey der Erfüllung des erhaltenen Auftrags von der ihm ertheilten Vorschrift nicht abweichen. **Paulus** sagt: Commodissime illa forma in mandatis servanda est, *ut, quoties certum mandatum sit, recedi a forma non debeat.* In dem letztern Fall hingegen kann der Auftrag auch per aequipollens erfüllt werden. Z. B. ich gebe dem Titius den Auftrag, daß er mir durch Uebernehmung einer Bürgschaft ein

96) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLV. not. e. pag. 468.

ein Darlehn von 100 Thalern bey dem Sempronius pro-kurire. Allein statt der aufgetragenen Bürgschaft, als Mittel zum Zweck, nimmt Titius die Summe auf seinen Namen bey Sempronius als ein Darlehn auf, und giebt mir das Geld. Hier hat er das Mandat per aequipollens vollzogen, und dadurch keinesweges die Grenzen des Auftrags überschritten. Denn auch dieses Geschäft lag implicite in seiner Vollmacht, weil es meiner Absicht entspricht [87]). In dieser Hinsicht sagt nun Paulus a. a. O. At quoties *incertum vel plurium causarum*, tunc licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio. Ein Beyspiel davon giebt Scävola *L. 62. §. 1. D. h. t.* Mandavi in haec verba: *Lucius Titius Gajo suo salutem. Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium; quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum, hac epistola manu mea scripta, notum tibi facio:* Quaero, si non fideiussisset, sed mandasset creditori, et alias egisset, quam quod ei mandatum esset, an actione mandati teneretur? Respondit, teneri. Innerhalb den Grenzen des Mandats liegt endlich auch noch alles dasjenige, was mit dem Auftrage in Verbindung steht, und sich als Mittel zum Zweck verhält. Jeder Bevollmächtigte ist daher, vermöge stillschweigender Einwilligung des Gewaltgebers, zur Vornahme aller derjenigen Handlungen befugt, ohne welche das übertragene Geschäft gar nicht ausgeführt wer-

87) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXX. medit. 3. und BECMANN cit. Diss §. 32. et 33.

werden kann [88]). Wenn hingegen der Bevollmächtigte ein von dem aufgetragenen verschiedenes Geschäft verrichtet, welches nicht in dem Willen und der Absicht des Mandanten liegt, so sagt man, er habe die Grenzen des Auftrags überschritten. Dies kann nun auf zweyerley Art geschehen; a) wenn der Bevollmächtigte das Gegentheil von dem gethan hat, was ihm war aufgetragen worden, das heißt, dasjenige, was der Mandatar gethan hat, kann nicht mit dem aufgetragenen Geschäft zugleich bestehen, sondern eines hebt das andere auf; oder b) wenn er zwar das aufgetragene Geschäft besorgt, allein ausserdem noch ein anderes von demselben verschiedenes Geschäft, worauf sein Auftrag nicht ging, ausgeführt hat. In dem ersten Falle sagt man, der Mandatar habe geradezu wider das Mandat gehandelt (*contra fines mandati* egit); in dem andern aber, er habe nur etwas ohne den Auftrag gethan, (*praeter fines mandati* egit [89]). In jenem Falle hat der Mandatar wegen seiner etwa gehabten Auslagen und Unkosten gar keine Klage, weder die actio mandati, noch die actio negotiorum gestorum, denn er ist hier als ein solcher zu behandeln, welcher negotia prohibentis gerirt hat [90]). Er kann sich deshalb nur durch das Retentionsrecht schützen [91]). Es fragt sich aber, ob dem Mandatar nicht

88) *L.* 56. *L.* 62. *D. de procurator.*

89) S. BECMANN Diss. cit. §. 37. et 38.

90) §. 8. *I. de mandato.* *L.* 40. *D. h. t.* *L.* 31. §. 4. *D. de negot. gest.* *L. ult. Cod. eodem.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. IV. §. 3. und diesen Commentar 5. Th. 2. Abth. §. 420.

91) S. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XXII. Th. 12. et ad *Eun-*

nicht wenigstens insoweit die actio mandati zu gestatten sey, als das Geschäft dem Willen des Gewaltgebers gemäß ist? Z. B. wenn ich dem A. den Auftrag gegeben habe, mir eine gewisse Sache um den bestimmten Preis von 50 fl. zu kaufen; er hat aber 60 fl. dafür bezahlt; so kann er zwar nicht von mir verlangen, daß ich ihm die 60 fl. wieder erstatten soll, wenn auch die Sache erweißlich so viel werth seyn sollte[92]. Allein wie, wenn er die 10 fl. welche er gegen meinen Auftrag zuviel gab, nachlassen will, kann er nicht wenigstens mit der actio mandati contraria von mir verlangen, daß ich ihm die 50 fl. die ich zum Kaufe der Sache bestimmt hatte, wieder bezahle? Diese Frage war zwar unter den alten Römischen Juristen sehr streitig[93]; allein

Eundem MÜLLER not. λ. auch Thibaut Syst. des Pandecten R. 2. B. §. 867.

92) S. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad §. 8. I. de mandato nr. 5.

93) Den Streit selbst trägt Justinian in dem §. 8. *I. h. t.* vor. Sabinus und Cassius behaupteten nämlich, der Mandatar könne, auch wenn er in dem oben angeführten Beyspiele die 10. fl. nachlassen wolle, dennoch nicht einmal auf 50. fl. gegen den Gewaltgeber klagen. Ihr Grund war, weil ja der Gewaltgeber, wenn er auch in dem gegebenen Falle dem Mandatar die 60. fl. geben wolle, dennoch gegen den Willen desselben nicht verlangen könne, daß dieser ihm die gekaufte Sache tradire. Eben so wenig, sagten sie, könne auch der Mandatar gegen den Willen des Gewaltgebers nach Recht und Billigkeit verlangen, daß er ihm die zum Kaufpreis bestimmten 50. fl. bezahle, wenn er auch gleich die mehr bezahlten 10. fl. nachzulassen bereit wäre. *L.* 3. §. *ult. D. h. t.* Nerva und Proculus hingegen glaubten, daß dem Mandatar die Klage gegen den Mandanten wenigstens bis auf die zum Kauf in der Vollmacht bestimmte Summe nicht zu versagen sey, weil er ja

allein man gab doch der billigern Meinung den Vorzug, nach welcher die Klage bis auf den zum Kauf ausgesetzten Preis zu gestatten sey, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 3. §. 2. D. h. t. Quod si pretium statui, tuque plures emisti, quidam negaverunt, te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses, id, quod excedit, remittere: namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit; illi vero, si velit, mecum esse.

L. 4. D. eodem: Sed PROCULUS *recte eum usque ad pretium statutum acturum* existimat: Quae sententia sane *benignior est.*

Ein Gleiches findet Statt, wenn ich einem den Auftrag gebe, mir eine gewiße Sache um einen bestimmten Preis zu verkaufen, und der Mandatar hat die Sache unter diesem Preis verkauft. Hier kommt es darauf an, ob der Bevollmächtigte das zulegen will, was an dem bestimmten Preise fehlt, oder nicht. Im ersten Falle ist der Kauf nicht ungültig; in dem letztern Falle aber kann ich die Sache von dem Käufer vindiciren, will mir aber dieser das zugeben, was an dem bestimmten Preise fehlt, so muß ich auch zufrieden seyn [94].

Der

ja insoweit dem Auftrage gemäß gehandelt habe. Dieser Meinung stimmte auch Julian bey, wie aus *L. 33. D. h. t.* zu ersehen ist, und sie behielt, als die billigere Meinung, die Oberhand. S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XII. cap. 34. *Ian. a* COSTA und *Ev.* OTTO Comm. ad §. 8. I. de mand. *Gottfr.* MASCOV Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. in iure civ. Cap. IX. §. 9. und *Io. Lud.* CONRADI Excurs. IV. ad GELLII *Noct. Attic.* P. II. pag. 526. sq.

94) *L. 5. §. 3. et 4. D. h. t.* Idem si mandavero tibi, *ut fundum meum centum venderes*, tuque eum nonaginta vendideris,

et

Der angenommene Grundsatz, daß das Geschäft immer wenigstens in soweit gilt, als es dem Auftrage gemäß ist, wenn auch der Mandatar übrigens die Grenzen desselben überschritten hätte, liegt auch in der so sehr bestrittenen *L.* 22. *Cod. de fideiussorib.* zum Grunde, in welcher die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** an einen gewissen Hermian auf folgende Art rescribiren. Si ultra hoc, quod accepit ea, pro qua te mandatario nomine intercessisse commemoras, daturum te scripsisti, Praeses provinciae ex hoc, *quod ultra mandatum tuum numeratum est*, a te nihil exigi patietur. Ich will mich hier nicht bey den Erklärungen der Glossatoren, noch auch eines **Cujaz**, **Connanus**, **Doneau**, **Giffan** und **Godofroi** aufhalten, welche schon **Jacob Voorda** [95]) geprüft und widerlegt hat, ob er mir gleich selbst den eigentlichen Fall und Sinn des Rescripts nicht getroffen zu haben scheint; sondern will nur bemerken, daß **Branchu** [96]) und **Püttmann** [97]) wohl unstreitig das Gesetz am

et petam fundum: non obstabit mihi exceptio (sc. *rei venditae et traditae* L. 1. §. 3. D. de except. rei vend. et trad) nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes, et indemnem me per omnia conserves. — Servo quoque dominus si praeceperit, *certa summa rem vendere*, ille minoris vendiderit, similiter vindicare eam dominus potest: nec ulla exceptione summoveri, nisi indemnitas ei praestetur. Man sehe auch PAULUS Sentent. receptar. Lib. II. Tit. 15. §. 3. et ad *Eundem* CUJACIUS in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 290. und de COCCEJI iur civ. controv. h. t. Qu. 10.

95) Elector. Cap. 8.

96) Observation. ad ius Rom. (*Lugd. Bat.* 1721.) Dec. I. Cap. 1.

97) Prababil. iuris civ. Lib. I. cap. 2.

am richtigsten erklärt haben. Der Fall, welchen die Kaiser hier entscheiden, war ohne Zweifel folgender. Hermian hatte dem Titius aufgetragen, der Seja eine bestimmte Summe darzuleihen, zugleich hatte er aber versprochen, dem Gläubiger eine grössere Summe wiederzugeben, als derselbe dargeliehen hatte. Titius überschreitet aber den Auftrag, und zahlte der Seja mehr Geld aus, als er sollte. Er klagt nachher gegen den Hermian auf die Bezahlung der Summe, die er ihm versprochen hatte. Hermian wendet ein, die Klage aus dem Mandat gehe nur auf das, was dem Mandat gemäß geschehen sey, allein Titius fordere mehr von ihm. Er wendet sich daher mit der Anfrage an die Kaiser, ob die Forderung des Titius gegründet sey? Die Kaiser rescribiren, die Entscheidung gehöre für den Präses der Provinz, dieser werde auch der Klage des Titius nicht weiter Statt geben, als so weit, dem Auftrag gemäß, die Auszahlung des Geldes geschehen sey. Was also Titius über den Auftrag an die Seja bezahlt hat, könne derselbe mit Recht nicht zurückfordern. Wie hätten sie wohl anders rescribiren können? Denn so weit Titius die Grenzen des Auftrags überschritte, hatte er gegen das Verbot des Gewaltgebers gehandelt, und ihm kommt daher, wie bereits oben bemerkt worden ist, auch nicht einmal die actio negotiorum gestorum zu statten. Allein auch das geschehene Versprechen des Titius, so weit es über die der Seja, dem Inhalte des Auftrags gemäß, ausgezahlte Summe hinausging, war ungültig, wenn man auch nicht gerade mit **Branchu** annimmt, daß dieses Versprechen aus einem Irrthume geschehen sey. Denn wenn ich dir zehen leihe, sagt **Paulus** *L. 17. pr. D. de pactis*, und mir von dir ver-

versprechen lasse, daß du mir zwanzig wiedergeben willst; so kann ich doch nur auf zehen klagen. Eben so wenig kann sich auch der Intercedent nach dem Ausspruche des Ulpians *L.* 12. §. 1. *D. de pecunia constit.* zu etwas mehrerem verpflichten, als die Hauptschuld enthält. Es ist also nach dieser Ansicht das Rescript der genannten Kaiser durchgehends den Grundsätzen des gemeinen Rechts gemäß. Noch ist zu bemerken, daß wenn auch dem Mandatar wegen Ueberschreitung des Auftrags gar keine Klage gegen den Mandanten zustehen sollte, dennoch letzterer allerdings gegen den erstern zu klagen befugt sey, wenn ihn der Mandatar durch diese Ueberschreitung in Schaden gesetzt hat. Cajus bemerkt dieses ebenfalls, wenn er *L.* 41. *D. h. t.* sagt: Potest et ab una duntaxat parte *mandati iudicium* dari: nam si is, qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, *at ei, qui mandaverit, adversus eum competit.*

Es ist nun der zweyte Fall noch übrig, nämlich wenn der Mandatar nicht contra, sondern nur *praeter mandatum* gehandelt hat. Hier ist er als Geschäftsführer zu behandeln, und ihm kommt daher zwar nicht actio mandati, wohl aber die actio negotiorum gestorum zu, wenn nämlich das Geschäft so beschaffen ist, daß es dem Mandanten zum Nutzen gereicht [98]). Z. B. A. hat mir aufge-

98) Anderer Meinung sind zwar mehrere. Man sehe *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 27. §. 6. Allein BECMANN cit. Diss. §. 56. in Nota hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Siehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. und Thibaut System des P. R. 2. B. §. 867.

aufgetragen, während seiner Abwesenheit seinen Garten zu besorgen, ich besorge aber nicht nur diesen, sondern unternehme auch noch eine höchst nöthige Reparatur seines baufälligen Hauses. Hier habe ich wegen des aufgetragenen Geschäfts die actio mandati, wegen des ohne den Auftrag besorgten aber die actio negotiorum gestorum contraria, so wie dem Gewaltgeber dagegen die actio directa zusteht [99]).

§. 955.
Fortsetzung.

Der Bevollmächtigte ist IV. verpflichtet, das ihm übertragene Geschäft ohne Vergeltung zu besorgen. Mandatum, *nisi gratuitum*, nullum est, sagt Paulus *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* Nam originem ex officio, atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit. Eben hierdurch unterscheidet sich das Mandat von jedem andern Contract, in welchem derjenige, der dem andern Dienste leistet, dafür eine Vergeltung mit vollkommenem Recht fordern kann, welches bald ein Miethcontract ist, wenn ein Lohn in Gelde, und zwar für solche Dienste bedungen worden ist, welche einen Marktpreis haben, bald ein ungenannter Contract, contractus do ut facias, oder facio ut des, wenn die Vergeltung entweder nicht in Gelde besteht, oder für solche Dienste gegeben wird, die, wie gelehrte Arbeiten, sich nicht nach einem Marktpreis schätzen lassen. Den Grund, warum das Mandat unentgeldlich ist,

99) S. BECMANN cit. Diss. §. 57.

ist, setzt Paulus darin, weil dieser Contract auf Dienstfertigkeit und Freundschaft beruhet. Man hielt es daher für unanständig, daß ein Freund sich von dem andern seine Dienste sollte bezahlen lassen [100]). Ein honorarium in dem Sinn, da blos ein nachheriges freywilliges Geschenk, was man iure perfecto nicht hätte fordern können, darunter verstanden wird, ändert die Natur des Contracts nicht. Eben dieses sagt auch Ulpian *L. 6. pr. D. h. t.* wo es heißt: Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio, welches also keinesweges so verstanden werden kann, als wenn mit der actio mandati ein Honorar gefordert werden könne; sondern es heißt nur soviel, daß wenn auch der Mandatar für seine Mühwaltung eine Erkenntlichkeit erhält, dennoch hierdurch das Wesen des Mandats nicht aufgehoben werde, wie Prousteau [1]) ganz richtig diese Stelle erklärt hat [2]). Viele [3]) sind zwar anderer Meinung, und glauben, wenn ein

100) SENECA *de benefic.* Lib. III. cap. 18. Lib. IV. cap. 25.

1) Recitation. ad L. 23. D. de regul. iuris. Cap. XIV. §. 13. in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 509. Man sehe auch *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 373. *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. § 2. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XV. not. g. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LX. Th. 5. Ganz unrichtig hingegen hat Ulpians Fragment verstanden Buchner in dem angef. Versuche einer Theorie des Vollmachts-Vertrags. §. 94.

2) Mit dieser Erklärung stimmen auch die *Basilica* Tom. II. pag. 133. überein: *Εἰ καὶ παρεντεθῇ ἀντίδωρον, χώρα τῇ περὶ τῆς ἐντολῆς ἀγωγῇ.* i. e. *Etsi remuneratio interveniat, locus est mandati actioni.*

3) *Ad. Frid.* TRENDELENBURG Diss. de honorario eiusque a mer-

ein Honorar gleich bey Schließung des Contracts für solche Dienste sey versprochen worden, welche kein Gegenstand des Miethcontracts zu seyn pflegen, so finde deshalb die actio mandati Statt. Nur eine merces, sagt man, streite wider die Natur des Mandats, aber ein Honorar könne, dem Wesen des Contracts unbeschadet, verabredet werden. Allein diese Meinung stimmt offenbar nicht mit den Gesetzen überein. Diese verneinen schlechterdings, daß der Contract ein Mandat sey, wenn er nicht unentgeltlich geschloßen wird, er gehe vielmehr in einen andern Contract über. Justinian sagt ausdrücklich §. *ult. I. de mandato*: In summa sciendum est, *mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere.* Aus allen erhellet also so viel, daß es in Ansehung des Mandats bey den Römern ein beständiger Grundsatz war, der Mandatar könne zwar ein freywilliges Geschenk, welches ihm von dem Mandanten gegeben wird, annehmen, es gehe hingegen nicht an, sich eine wirkliche bestimmte Vergeltung dafür versprechen zu lassen; geschieht dieses dennoch, so bleibe der Contract kein Mandat mehr, sondern gehe in einen Miethcontract, oder in einen umbenannten Contract *facio ut des* über, je nachdem das Geschäft entweder ein solches ist, welches nur gemeine körperliche Arbeiten erfordert, oder ein solches, welches gelehrte wissen-

schaft-

mercede discrimine. *Chilonii* 1775. §. 10. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 925. Nr. 3. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. § 866. Nr. 4. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 516. Not. 2.

schaftliche Kenntnisse voraussetzt, oder auch die Vergeltung in einem bestimmten Lohn im Gelde, oder in etwas andern besteht. Daß bey einem versprochenen Honorar oder Salarium nicht die actio mandati, sondern eine *actio extraordinaria*, nämlich *actio in factum praescriptis verbis* [4]) Statt finde, sagen die Gesetze selbst nicht undeutlich. Hierher gehören

L. 7. D. h. t. Salarium procuratori constitutum, *si extra ordinem peti coeperit* [5]), considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit, atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat; an eventum litium, maioris pecuniae praemio, contra bonos mores procurator redemerit [6]).

L. 56. §. 3. D. eodem. Salarium incertae pollicitationis neque *extra ordinem* recte petitur, neque *iudicio mandati*, ut salarium tibi constituat [7]).

L. 1.

4) *L. 5. §. 2. D. de praescriptis verbis.*

5) Diese *persecutio extraordinaria* hatte bey den Römern zugleich ihr Absehen darauf, daß hier nicht, wie sonst gewöhnlich, ein iudex pedaneus bestellt wurde, sondern der Prätor selbst cognoscirte. *L. 1. D. de extraord. cognit.* S. Iac. CUJACIUS Commentar. in Libr. III. Responsor. Papiniani ad L. 7. D. h. t. in *Operib. postum.* Tom. I. pag. 115. edit. FABROTI. *Paris.* 1658. f.

6) Diese letzteren Worte beziehen sich auf das verbotene *pactum de quota litis*, von welchem in dem Titel de postulando Th. 5. §. 370. gehandelt worden ist.

7) So lesen die Florentinischen Pandecten, und denn ist bey *constituat* stillschweigend iudex zu verstehen, wie auch *Io. Bern.* KÖHLER Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 4. pag. 24. dafür hält. Allein Haloander und Bau-

L. 1. Cod. eodem. Adverſus eum, cuius negotia geſta ſunt, de pecunia, quam de propriis opibus, vel ab aliis mutuo acceptam erogaſti, *mandati actione* pro ſorte et uſuris potes experiri. *De ſalario* autem, quod promiſit, apud praeſidem provinciae *cognitio praebebitur.*

Man wendet uns zwar ein, daß man ſich ja bey einem Geld-Depoſitum Zinſen ausbedingen könne, und dennoch bleibe der Contract ein Depoſitum, ja es könnten ſelbſt die Zinſen mit der actio depoſiti gefordert werden [8]). Warum ſollte nun nicht auch beym Mandate ein Honorarium mit der Wirkung können verabredet werden, daß es der Mandatar mit der actio mandati ſollte fordern können? Allein daß der Schluß vom Depoſitum auf das Mandat nicht gelte, iſt ſchon oben bey der Präſtation der Culpa vorgekommen. Der Depoſitar kann ſich ſo wenig für die Aufſicht und Verwahrung der fremden Sache eine Belohnung ausbedingen [9]), als der Mandatar für ſeine Mühwaltung, wenn der Contract nicht in ein anderes Geſchäft übergehen ſoll. Juſtinian ſetzt in ſoweit beyde Contracte in eine Claſſe, und giebt die allgemeine Regel §. 13. *I. h. t.* Quibus caſibus *ſine mercede* ſuſcepto officio, *mandati* ſive *depoſiti contrahitur negotium;* iis caſibus *interveniente mercede* locatio et conductio intelligitur contrahi. Allein es iſt allerdings etwas Beſonderes, daß wenn bey einem Depoſitum fungib-

T 2 ler

und Haubolz leſen *conſtituatur*, und dieſe Leſeart hat auch unſer Codex Erlang.

8) *L. 24. et L. 26. §. 1. D. depoſiti.*

9) *L. 1. §. 8. et 9. D. depoſiti.*

ler Sachen gleich anfangs verabredet worden ist, es solle nur tantundem zurückgegeben werden, das Geschäft dennoch ein Depositum bleibt; wovon der Grund in der besondern Natur fungibler Sachen liegt, wie bereits in dem Titel Depositi vel contra gezeigt worden ist. Daher können hier auch Zinsen bedungen, und Zinsen des Verzugs mit der actio depositi gefordert werden [10]). Dieses besondere Recht läßt sich aber nicht einmal auf andere Sachen im Depositum anwenden, geschweige denn auf andere Contracte [11]). Wie gilt also nun der Schluß, daß auch wegen eines versprochenen Honorars die actio mandati begründet sey, da zumal die Gesetze so deutlich das Gegentheil lehren? Mit mir stimmen hierin auch die meisten Rechtsgelehrten [12]) überein. Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, welchen **Estor** [13]) und **Heineccius** [14]) aus den alten deutschen Gewohnheiten und Gesetzen herleiten, wird jedoch der Contract, wenn auch bey Schlie-

10) S. die 1. Abth. dieses Theils §. 940 S. 157. ff.

11) Man vergleiche OVERBECK Diss. de collocatione depositi tam regularis quam irregularis in concursu creditor. §. 21.

12) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. § 2. *Ant.* SCHULTING Thes. controversi Dec. LX. Th. 6. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 56. §. 3. D. h. t. pag. 614. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de regul. iuris Cap. XIV. §. 7. sqq. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 509) *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. ult. I. de mand. nr. 1. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XXII. §. 8. *Georg.* FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. h. t. nr. 34. sqq. und **Reinhard** Sammlung jurist. philosoph. und kritischer Aufsätze 1. Band 5. St. 340 Nr. 3. S. 340 — 345.

13) Deutsche Rechtsgelahrtheit 2. Th. Hptst. 68 §. 4811 — 4815.

14) Elem. iuris german. Tom. I. Lib. II. Tit. 13. §. 382.

Schließung desselben ein Honorar verabredet worden, dennoch für ein Mandat gehalten, und die actio mandati gestattet, wenn nur der Mandatar zu solchen Diensten sich verpflichtet hat, welche noch dem römischen Rechte von dem Miethcontract ausgeschlossen sind, und sonst nur Gegenstand eines unbenannten Contracts seyn können. Ja man behauptet sogar, daß, wenn auch kein Honorar versprochen worden, der Mandatar aber eine solche Person ist, welche dergleichen Dienste nicht unentgeldlich zu leisten pflegt, sondern davon lebt, ein Honorar gefordert werden könne [15].

V. Der Mandatar muß alles, was er auf irgend eine Art durch das Mandat gewonnen hat, dem Gewaltgeber restituiren, wofern es ihm nicht, wie beym mandato in rem suam, zu seiner Befriedigung wegen einer an den Mandanten habenden Forderung, oder als ein Geschenk überlassen worden ist [16]. Besonders darf er nicht Früchte und Zinsen behalten. Die körperlichen Sachen, welche er aus dem Mandat für den Gewaltgeber in Empfang genommen hat, muß er demselben tradiren, die erhobenen Gelder herausgeben, zuweilen auch mit Zinsen, nämlich wenn er sich bey der Auslieferung derselben eines Verzugs schuldig machte, oder die Gelder müßig liegen ließ, da er sie hätte sicher ausleihen können, oder sie wirklich auf Wucher ausliehe, oder sie sonst in seinen Nutzen ver-

wand-

15) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 18. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 173. S. 449 u. Reinhard a. a. O. S. 349. ff.

16) S. *Hug.* DONELLUS Commentarior. Iuris civ. Lib. XIII. cap. 11. §. *Haec de priore.* pag. 645.

wandte [17]); und wegen dessen, was er sich für den Gewaltgeber, dem Auftrage gemäß, hat versprechen lassen, muß er ihm die Klagen cediren. Sogar dasjenige, was der Bevollmächtigte durch Ueberschreitung der Vollmacht mehr erhalten hat, als er sollte, muß er herausgeben. Die Beweise für diese Sätze enthalten folgende Gesetzstellen.

1) *L. 6. §. 6. D. h. t.* Apud *Iulianum* lib. 13. Digestorum quaeritur: Si dominus iusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere, et foenerare periculo suo, ita ut certas usuras domino penderet duntaxat, si pluris foenerare potuisset, ipse lucraretur: in creditam pecuniam videtur, inquit, accepisse.

Es ist hier von einem wucherlichen Auftrage die Rede. Der Mandatar sollte Gelder des Mandanten gegen gewisse bestimmte Procente ausleihen, aber doch so, daß der Mandatar die Gefahr des Kapitals übernehmen sollte; dafür sollte denn auch der Gewinn ihm gehören, wenn er das Geld unter höhern Zinsen unterbringen könnte. Ulpian sagt zwar, es sey hier eben so gut, als ob dem Mandatar das Geld selbst wäre geliehen worden; daß aber deswegen das Mandat nicht in ein Darlehn übergehe, sondern die actio mandati Statt finde, erhellet theils aus dem Beyspiele, welches Ulpian nachher noch von einem solchen Procurator anführt, dem die Verwaltung aller Geschäfte des Principals ist übertragen worden, wenn ihm die Gelder desselben auf gleiche Weise zum Ausleihen anvertrauet worden sind; er sagt hier ausdrücklich;

17) S. *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Diss. de usuris ex mandato solvendis. *Francof. ad Viadr.* 1768.

lich: *mandati quoque eum teneri*; theils daraus, weil ja die Anweisung der höhern Zinsen zum Gewinn für den Mandatar zwecklos gewesen seyn würde, wenn der Contract nicht mehr als ein Mandat, sondern blos als ein Darlehn hätte angesehen werden sollen. Dem Auftrage gemäß restituirt also der Mandatar nur die ihm vorgeschriebenen Procente; hat er hingegen das Geld zu höhern Zinsen anlegen können, so sind diese ein Gewinn für ihn. Denn insofern er dafür die Gefahr übernahm, hat er sein eigenes Geschäft geführt, welches dann mit dem Mandat in keiner weitern Verbindung steht.

2) *L.* 8. §. 10. *D. h. t.* Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, *teneberis mihi*, *ut restituas*, — Sed et si restituas [18]), et *tradere* debes, et si cautum est de evictione, vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, *si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias*, nec amplius praestes, quam consecuturus sis.

L. 10. *pr. D. eodem.* Idemque et in fundo, si fundum emit procurator.

L. 10.

18) Das *restituas* erklärt Azo sehr richtig durch *restituendi facultatem habens*, oder *restituere possis*. Denn kurz vorher ist von dem Falle die Rede, wo der von dem Mandatar gekaufte Sklave entflohen ist, und daher nicht restituirt werden kann. Es ist dieser Sprachgebrauch in den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten nicht selten, daß verba absoluta actionis durch cupio, volo, possum oder debeo zu ergänzen sind. Beyspiele hat *Guil. Ott.* REITZ Annotation. Sporad. Nr. IX. in PÜTTMANNI Opuscul. iurid. ex observat. miscellan. batav. collect. pag. 155.

L. 10. §. 2. *eod.* Si ex fundo, quem mihi emit, procurator *fructus* consecutus est, hos quoque officio iudicis praestare eum oportet.

3) *L.* 10. §. 3. *eodem.* Si procurator meus pecuniam meam habeat, *ex mora utique usuras mihi pendet.* Sed et si pecuniam meam foenori dedit, *usurasque consecutus est*, consequenter dicemus *debere eum praestare, quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non; quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat.* Quod si non exercuit pecuniam, *sed ad usus suos convertit*, in *usuras* convenietur, *quae legitimo modo in regionibus frequentantur.* Denique PAPINIANUS ait, etiam si *usuras exegerit* procurator, et *in usus suos* convertit, *usuras eum praestare debere.*

Ulpian führt hier die Fälle an, wo der Mandatar Zinsen zu zahlen verpflichtet ist. **Gerh. Noodt** [19]), dem auch **Anton Schulting** [20]) und **Pothier** [21]) beystimmen, ja selbst mehrere practische Rechtsgelehrten [22]) wollen aus dieser Stelle beweisen, daß der Mandatar, welcher des Mandanten Gelder in seinen eigenen Nutzen verwendet hat, die höchsten Zinsen, welche das Römische Recht erlaubt, nämlich usurae centesimae, das ist, zwölff von hundert, bezahlen müsse. Denn die Worte *legitimo modo* deuteten darauf hin, weil usurae centesimae in

19) De foenore et usuris Lib. II. cap. 5.

20) Thesium controv. Decad. LXI. Th. 6.

21) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXVIII. not. b.

22) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 30. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 37. not. 5. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXIX. medit. 3.

in den Gesetzen *legitimae* genennt würden [23]). Man sagt, es sey dieses auch beym negotiorum gestor Rechtens [24]). Noodt ist von dieser Meinung so lebhaft überzeugt, daß er sich kein Bedenken macht, eine in der Kritik unerhörte Versetzung der Worte in dieser Stelle vorzunehmen. Er lieset nämlich: *in usuras convenietur legitimo modo* (i. e. ad modum lege praescriptum) die übrigen Worte: *quae in regionibus frequentantur*, verbindet er mit den Worten: *ex mora utique usuras mihi pendet.* Allein Ulpian dachte hier sicher nicht an die usurae centesimae, sondern redet offenbar nur von landesüblichen Zinsen. Dieses sieht man ganz deutlich, wenn man die *L. 1. pr. D. de usuris* damit vergleicht. Die vom Noodt gewagte Wortversetzung ist daher ganz unnöthig, von aller Auctorität entblößt, und auch den Basiliken zuwider [25]), und der Schluß vom negotiorum gestor kann hier durchaus nicht gelten, weil die Gesetze beym Mandatar das Gegentheil ausdrücklich verordnet haben. Mit mir stimmen auch Anton Faber [26]), Samuel von Cocceji [27]) und Joh. Sam. Fried. von Böhmer [28]) überein.

Ul-

23) *L. 1. §. 3. D. de pign. et hyp. L. 8. D. in quib. caus. pignus. L. 4 §. 1. D. de nautico foen. L. 7. §. 4. D. de adm. et peric. tutor.*

24) *L. 38. D. de negot. gestis.*

25) Tom. II. pag. 138. wo es heißt: *καὶ ἀπὸ συγχρήσεως δίδωσι τοὺς ἐν τῷ κλήματι συχνάζοντας* i. e. *et si ad usus suos pecuniam converterit, usuras praestat, quae in regionibus frequentantur.*

26) Rational. in Pand. ad L. 10. §. 3. h. t.

27) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 14.

28) Diss. cit. de usuris ex mandato solvendis §. 10. et 11.

Ulpian hat hier bey der Anführung der Fälle, wo der Mandatar die für seinen Principal erhobenen Gelder mit Zinsen restituiren muß, desjenigen nicht gedacht, wenn der Mandatar die Gelder seines Principals müßig liegen ließ. Diesen Fall entscheidet Scävola:

L. 13. §. 1. D. de usuris. Quaesitum est, an iudicio negotiorum gestorum vel mandati pro pecunia otiosa usuras praestare debeat, cum dominus nullam pecuniam foeneravit? Respondit, si eam pecuniam positam [29]) habuisset, idque ex consuetudine mandantis fecisset, non debere quicquam usurarum nomine praestare.

Es kommt also hier theils auf den Zweck des Auftrags, theils auf die gewöhnliche Handlungsweise des Gewaltgebers an, nämlich ob er mit seinem Gelde zu wuchern pflegt, oder nicht. War das Geld nicht zum Ausleihen bestimmt, sondern der Principal würde es selbst in seinem Kasten liegen gelassen haben: so darf der Mandatar die Zinsen nicht vergüten [30]). Hat der Mandatar Zinsen für den Gewaltgeber eingenommen, und solche in seinen Nutzen

29) Statt *positam* will *Io. van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 12. pag. 341. sq. *otiosam* lesen. Allein ohne alle Nothwendigkeit. Auch die *Basilica* Tom. III. pag. 378. haben κείμενα, d. i. was zum Aufbewahren oder zum ruhen hingelegt ist. Es ist daher auch nicht einmal nöthig, mit Haloander *depositam* zu lesen.

30) *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. h. t. nr. 11. in fin. und *Io. Matth.* MAGNUS (*Le* GRAND) Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 1. (in *Ger.* MEERMANN *Thes. iur. civ. et can.* Tom. III. pag. 267. B.)

Nutzen verwendet; so nehmen sie in der Person des Mandatars die Eigenschaft eines Kapitals an, und es ist daher für keinen Anatocismus zu halten, wenn er diese Zinsen dem Mandanten verzinsen muß [31]).

4) *L. 10. §. 8. D. h. t.* Si mandavero procuratori meo, *ut Titio pecuniam meam credat sine usuris*, isque non sine usuris crediderit, an etiam *usuras* mihi restituere debeat, videamus? Et *Labeo* scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret: quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret (inquit *Labeo*) in usuris actio mandati.

Ulpian trägt hier einen Fall vor, wo der Mandatar gegen den Auftrag gehandelt hatte. Er sollte nämlich dem Titius das ihm von seinem Principal anvertrauete Geld ohne Zinsen leihen. Allein der Mandatar ließ sich dennoch Zinsen versprechen. Es fragte sich also, ob er die vom Titius erhobenen Zinsen dem Gewaltgeber zu restituiren schuldig sey? **Ulpian** entscheidet die Frage mit **Labeo** bejahend, und mit Recht. Denn er hat die Zinsen von fremden Geldern bezogen, er kann sich also diesen Gewinn nicht zueignen. Wie aber, wenn er das Geld auf seinen eignen Namen und auf seine Gefahr ausgeliehen hätte? Auch dieses kann den Mandatar von seiner Verbindlichkeit nicht befreyen. Denn das Geld hört dadurch nicht auf fremdes Geld zu seyn. Es würde ja auch sonst blos in der Macht des Mandatars stehen, in fraudem legis zu handeln, er dürfte sich nur der Einrede bedienen, er habe das Geld auf seinen Namen und Gefahr ver-

31) *L. 7. §. 12. et L. 58. §. 1. D. de adm. tutor.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 10. §. 3. D. h. t.

verzinßlich angelegt, so könnte er den Mandanten nach Gefallen um seine Zinsen bringen. Wenn der Mandatar das ihm aufgetragene Geschäft in eigenem Namen vollzieht, so hat dieß blos die Folge, daß er dadurch dem Dritten, mit welchem er das Geschäft schließt, im eigenem Namen verbindlich wird, und mit der actio ex contractu belangt werden kann [32]); allein die Natur der Verbindlichkeit zwischen dem Gewaltgeber und dem Bevollmächtigten wird dadurch nicht geändert [33]). Dennoch sagt **Ulpian** mit **Labeo**, die actio mandati finde wegen der Zinsen nicht Statt, wenn der Mandatar das Geld seines Principals auf seine Gefahr ausgeliehen hätte. Es ist lächerlich, wenn **Lauterbach** [34]) behaupten will, die Zinsen könnten zwar nicht eingeklagt, aber wohl officio iudicis zuerkannt werden. Eben so wenig ist der Unterschied gegründet, welchen **Voet** [35]) macht, daß nämlich der Mandatar zwar die landesüblichen Zinsen dem Gewaltgeber restituiren müsse, was er aber mehr an Zinsen gewonnen hat, könnte er, als eine Belohnung für die übernommene Gefahr, behalten. Von dem allen sagt **Ulpian** kein Wort. Es sind vielmehr die letztern Worte **Ulpians**, wenn sie nicht mit dem §. 3. dieses Fragments im Widerspruche stehen sollen, nach **Gerhard Noods** [36]) Erklärung, von einem solchen Falle zu verstehen;

32) *L. 13. Cod. Si certum petat.* S. HERTII Diss. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatione tertii §. 20.

33) LEYSER Specim. CLXXIX. medit. 1.

34) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 30.

35) Commentar. ad Pand. Lib. XVII. Tit. 2. §. 17.

36) De foenore et usuris Lib. I. cap. 8. *Oper.* Tom. I. p. 191. sq.

stehen, wo es dem Willen des Gewaltgebers gemäß war, daß der Mandatar mit desselben Gelde, jedoch auf seine Gefahr, wuchern solle. Ein diesem nicht unähnlicher Fall kam oben *L. 6. §. 6. h. t.* vor. Hat sich hier der Gewaltgeber nichts von den Zinsen vorbehalten, so sind sie dann ein Gewinn des Mandatars für die übernommene Gefahr[37]). Einen andern Fall, wo der Mandatar den Gewinn, welchen er auch gegen den Auftrag erhalten hat, dem Gewaltgeber herauszugeben schuldig ist, enthält

L. 46. §. 4. D. de procurator. Procurator, ut in caeteris quoque negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite consecutus erit, sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati iudicio restituere: *usque adeo, ut et si per errorem, aut iniuriam iudicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat.*

Ich hatte meinem Prokurator aufgetragen, daß er die 100 fl. welche mir Titius schuldig ist, beytreiben solle. Dieser erhält aber durch einen Irrthum oder durch Partheylichkeit des Richters mehr, als Titius schuldig war. Auch diesen ungerechten Gewinn muß der Bevollmächtigte restituiren.

5) *L. 20. D. h. t.* Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet: sicuti nec damnum pati debet, si exigere foeneratam pecuniam non potuit.

6) *L. 43. D. h. t.* Qui mandatum suscepit, *ut pecunias in diem collocaret*, isque hoc fecerit, mandati con-

37) S. BOEHMER Dissertat. cit. de usuris ex mandato solvend. §. 12—18.

conveniendus est, *ut cum dilatione temporis actionibus cedat.*

Hier ist der Fall, wo der Bevollmächtigte aus dem Mandat zur Cession der Klagen verpflichtet ist, welche er durch Vollziehung des Auftrags erwarb. Können diese Klagen auch jetzt noch nicht angestellet werden, so kann dennoch der Gewaltgeber mit der actio mandati deren Cession schon jetzt verlangen. Denn auch der debitor in diem ist schon jetzt Schuldner, wenn er auch vor dem Eintritt der Zahlungszeit nicht belangt werden kann [38]). Die Cession geschieht also immer cum sua causa, das heißt, gegenwärtige Klagen werden, als gegenwärtige, und künftige, als künftige Klagen, cedirt. Hieraus erklärt sich, wenn Ulpian hier sagt, der Mandatar cedire die Klagen *cum dilatione temporis* [39]).

7) *L. 45. pr. D. eodem.* Si mandatu meo fundem emeris, utrum, cum dederis pretium, ageres mecum mandati, an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? Et recte dicitur, in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversus te venditori competit: *nam et ego tecum agere possum, ut praestes mihi adversus venditorem emti actiones.*

So wie hier der Mandatar gegen den Gewaltgeber, für den er eine gewisse Sache kaufte, auch ehe er noch das Kaufgeld dafür bezahlt hat, dahin klagen kann, daß letzter seine Verbindlichkeit gegen den Verkäufer überneh-

me;

38) *L. 10. D. de condict. indeb.*

39) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 43. D. h. t. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXII. not. e.

me; denn wider seinen Willen Vorschüsse zu machen, ist der Bevollmächtigte nicht verbunden; eben so kann auch der Gewaltgeber gegen den Mandatar klagen, daß er ihm die Klage gegen den Verkäufer cedire.

8) *L. 59. pr. D. h. t.* Si mandatu Titii Calpurnius pecuniam, quam Titius credebat, stipulatus esset, non donandi animo: mandati iudicio eum ab herede Titii posse conveniri, ut actiones suas praestet.

Titius hatte hier dem Calpurnius aufgetragen, sich das Geld, was er dem Sempronius vorgeliehen hatte, von dem Schuldner versprechen zu lassen. Hatte Titius nicht dabey die Absicht, dem Calpurnius mit dem Gelde ein Geschenk zu machen; so können noch die Erben des Titius mit der actio mandati den Calpurnius belangen, daß er ihnen seine Klage gegen den Schuldner cedire. Diese Cession war besonders bey den Römern höchst wichtig und nothwendig, weil nach dem Civilrecht Niemand durch eine freie, seiner Gewalt nicht unterworfene, Person Rechte und Klagen unmittelbar erwerben konnte, sondern zur Erreichung dieses Zwecks eine förmliche Abtretung erforderlich war [40]. Nur wenige Fälle waren ausgenommen, wo keine Cession nöthig war, und der Mandant bald actione directa bald utili gegen den Dritten klagen konnte, mit welchem der Mandatar das Geschäft geschlossen hat. Es wird hiervon weiter unten gehandelt werden, wo von dem Rechtsverhältniß zwischen dem Gewalt-

40) *L. 126. §. 2. D. de Verb. obligat. L. 1. Cod. Per quas personas? L. 7. Cod. Si quis alteri vel sibi.* S. *Franc.* HOTOMANI Observation. Lib. III. cap. 31. und *Hub.* GIPHANII Lectur. Altorfin. ad L. 11. D. de obligat. et act. nr. 16. sqq.

waltgeber oder Bevollmächtigten und einem Dritten die Rede seyn wird. Endlich ist auch

VI. der Bevollmächtigte verpflichtet, über die Ausführung des Auftrags Rechenschaft, und insonderheit über sämmtliche dabey vorgekommenen Einnahmen und Ausgaben Rechnung abzulegen [41]).

Nur insofern der Mandatar diese Verbindlichkeiten mit Treue und Redlichkeit (bona fide) erfüllet, kann er auch seine rechtlichen Ansprüche gegen den Gewaltgeber geltend machen. Sonst haftet er für jeden Schaden, den er selbst durch das geringste Versehen verursacht hat. Wird er wegen eines überwiesenen Dolus condemnirt, so zieht diese Verurtheilung die Infamie nach sich [42]). Sehr scheinbar sind zwar die Gründe, welche **Samuel von Cocceji** [43]) für die Meinung anführt, daß nach der eigenen Denkungsart der Römer auch schon eine bloße Culpa beym Mandat infamirt habe, zumal wenn man erwägt, das Infamie im Sinn des römischen Rechts keine deutsche Ehrlosigkeit ist, das heißt nicht in einem gänzlichen Verlust, sondern in einer bloßen Verminderung der gemeinen bürgerlichen Ehre besteht [44]). Soviel ist indessen gewiß, daß sich die Deutschen jene Denkungsart nie zueigengemacht haben [45]). Ein Dolus läßt

41) *L. 46. §. 4. D. de procurat. L. 10. §. 9. D. h. t. L. 56. §. 4. D. eod.*

42) *L. 1. § 1. L. 6. §. 5. et 6. D. de his, qui not. infam. L. 21. Cod. h. t.*

43) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. und Lib. III. Tit. 2. Qu. 5.

44) S. Christ. Gotth. Hübner über Ehre, Ehrlosigkeit und Ehrenstrafen 3. Absch. S. 70.

45) S. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. I. Lib. III. Tit. 2. Qu. 2. not. g. pag. 291.

läßt sich aber doch nur eigentlich dann annehmen, wenn der Mandatar nicht blos wissentlich, sondern aus Gewinnsucht gegen seine Pflichten handelte [46]), wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 8. §. 9. *et* 10. *D. h. t.* Dolo autem facere videtur, *qui id, quod potest restituere, non restituit.* Proinde si tibi mandavi, *ut hominem emeres*, tuque emisti, teneberis mihi *ut restituas.* Sed et si *dolo* emere neglexisti, forte enim *pecunia accepta* alii cessisti, ut emeret, aut si lata culpa, forte si gratia ductus, passus es alium emere, teneberis.

L. 44. *D. h. t.* Dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest: aut si quis non exegerit, quod exigere, solvere [47]).

Noch

46) Egid. von Löhr Theorie der Culpa §. 6. S. 18.

47) Daß diese letzteren Worte der *L.* 44. *h. t.* corrupt sind, fällt in die Augen. Man hat daher verschiedene Versuche gemacht, sie zu verbessern. Die Emendationen eines Catharinus, Haloanders, Bynkershöks und Püttmanns findet man in *Io. Bern.* KOEHLERI Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 10. Nach seiner Meinung soll diese Stelle auf folgende Art ergänzt werden: aut si quis non exegerit, quod exigere *potest; aut si quis nolit solvere, quod potest solvere.* Die *Basilica* Tom. II. pag. 155. haben: *Δόλος ἐστὶ τὸ μὴ ποιῆσαι τινα ὃ δύναται, ἢ τὸ μὴ ἀπαιτῆσαι τὸν δυνάμενον, ἢ τὸ μὴ δοῦναι τὸ ἀπαιτηθέν.* i. e. DOLUS *est, si quis non faciat, quod facere potest, aut non exigat, cum possit, aut quod exegerit, non det.* Hiermit stimmt auch unser Erlanger Codex überein, welcher lieset: aut si quis non exigerit, quod exigere potest, aut si quis nolit solvere, quod exegit.

Noch ist zu bemerken, daß mehrere, denen die Besorgung eines Geschäfts gemeinschaftlich aufgetragen worden ist, hier wie correi haften [48]). Jeder kann daher in solidum belangt werden, hat aber einer den Gewaltgeber befriediget, so findet gegen den andern kein weiterer Anspruch Statt, wie Scävola lehrt *L. 60. §. 2. D. h. t.* Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur? Respondi, *unumquemque pro solido conveniri debere: dummodo ab utroque non amplius debito exigatur.*

§. 956.

Verbindlichkeiten des Gewaltgebers.

Da der Bevollmächtigte aus der Besorgung der ihm aufgetragenen fremden Geschäfte in der Regel keinen Vortheil zieht; so erfordert es die Billigkeit, daß er auf gleiche Weise auch keinen Schaden davon habe. Nam nemini officium suum damnosum esse debet, sagt mit Recht Afrikanus [49]). Der Gewaltgeber ist daher verbunden, den Mandatar schadlos zu halten. Dieser billigen und von den Gesetzen [50]) vollkommen anerkannten Forderung zu Folge muß der Mandant

I. dem

Fast eben so Baudoza Cestius, nur statt exigit lieset er *exegerit.* Dieser Leseart giebt auch *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diss. XV. §. 2. den Vorzug.

48) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

49) *L. 61. §. 5. D. de furtis.*

50) *L. 15. L. 20. pr. D. h. t.* *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. *A. directo.* *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iuris Cap. XIV. §. 26. *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. II.

I) dem Bevollmächtigten alle zu desselben Nutzen aufgewandten Unkosten und Auslagen nebst den Zinsen [51]) erstatten, wenn auch gleich der Gewaltgeber vielleicht weniger aufgewendet hätte, oder das aufgetragene Geschäft nicht den erwünschten Ausgang gehabt, oder der Mandatar dasselbe nicht ganz hätte beendigen können; wenn ihm nur sonst keine Schuld dabey zur Last fällt, sondern derselbe überall bona fide verfuhr, ihm auch nicht etwa zur Bestreitung der Unkosten etwas Gewisses ausgesetzt worden ist. Es sind hier folgende Stellen merkwürdig.

1) *L.* 10. §. 9. *D. h. t.* Idem *Labeo* ait, et verum est, *reputationes* [52]) quoque hoc iudicium admittere: et sicuti fructus cogitur restituere is, qui procurat, *ita sumtum, quem in fructus percipiendos facit, deducere eum oportet:* sed et si *ad vecturas suas*, dum excurrit in praedia, *sumtum fecit*, puto hos quoque sumtus reputare eum oportere: nisi si *salariarius* fuit [53]), et hoc convenit, *ut sumtus de suo faceret ad haec itinera*, hoc est *de salario*.

2) *L.* 12. §. 9. *D. eodem.* Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, *egoque emero meo pretio*, habebo mandati actionem de pretio reciperando: sed et

 si

II. Tract. IV. §. 5. et 7. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10.

51) S. BOEHMERI Diss. de usuris ex mandato solvendis §. 19.

52) *Reputationes* sind hier Gegenrechnungen, oder Anrechnungen, welche der Mandatar machen kann. Die *Basilica* T. II. p. 139. haben ἀντελλογισμούς.

53) Cod. Erlang. lieset hier: *nisi salarium fuit*; Haubolz aber hat: *nisi salarium fuerit datum.*

si tuo preto, *impendero tamen aliquid bona fide ad emtionem rei*, erit contraria mandati actio; aut si rem emtam nolis recipere. Simili modo et si quid aliud mandaveris, *et in id sumtum fecero*. Nec tantum id, quod impendi, *verum usuras quoque consequor*. Usuras autem non tantum *ex mora* esse admittendas; verum iudicem aestimare debere, *si exegit a debitore suo quis, et solvit, iam uberrimas usuras consequeretur*; aequissimum enim erit, rationem eius rei haberi; aut, *si ipse mutuatus gravibus usuris* solvit. Sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem *et usurae absunt*; vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus foenus accepit, ut fidem suam liberaret: non dubito, debere eum mandati iudicio et *usuras consequi*: et, ut est constitutum, totum hoc *ex aequo et bono* iudex arbitrabitur.

Nach diesem Gesetz kann also der Mandatar 1) Verzugszinsen und zwar in allen Fällen fordern, wo diese überhaupt Statt haben. 2) Zinsen von den für den Gewaltgeber ausgelegten Geldern, dieser mag dadurch von einer verzinslichen Schuld befreiet worden seyn, oder nicht; nämlich wenn der Mandatar hierzu a) selbst Geld verzinslich aufnehmen, oder b) verzinslich ausstehende Kapitalien einziehen, oder c) sein baares Geld, das er sonst auf Zinsen auszuleihen gewohnt war, dazu verwenden muste. In diesen Fällen kann er bald nur landübliche Zinsen, bald aber auch höhere Zinsen fordern, je nachdem er die Berücksichtigung der hier eintretenden Umstände, und die Billigkeit mit sich bringt[54]).

3) L. 27.

54) S. Büchners Versuch einer Th. des Vollmachtsvertrages. §. 93.

3) *L.* 27. §. 3. *D. h. t.* *Impendia* mandati exequendi gratia facta, si *bona fide* facta sunt, restitui omnino debent: nec ad rem pertinet, *quod is, qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.*

4) *L.* 56. §. 4. *D. h. t.* Sumtus bona fide necessario factos, *et si negotio finem adhibere procurator non potuit,* iudicio mandati restitui necesse est.

5) *L.* 1. *Cod. h. t.* Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, *de pecunia*, quam *de propriis opibus*, vel *ab aliis mutuo acceptam* erogasti, mandati actione *pro sorte et usuris* potes experiri.

6) *L.* 4. *Cod. eodem.* Etiam si *contrariam sententiam reportaverunt*, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt: *si tamen nihil culpa tua factum est*, sumtus, quos in litem probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes.

Hat der Mandatar einen Aufwand gemacht, der mehr zum Vergnügen, als zum Nutzen gereicht, so kann derselbe nur dann Ersatz dafür fordern, wenn der Gewaltgeber dazu seine Einwilligung gegeben hat; ausserdem kann er nur wieder wegnehmen, was ohne Schaden der Sache zuzufügen, weggenommen werden kann, wofern nicht etwa der Mandant diese Auslagen in der Rechnung passiren läßt.

L. 10. §. 10. *D. h. t.* Idem ait, si quid procurator citra mandatum *in voluptatem* fecit, permittendum ei auferre, *quod sine damno domini fiat*: nisi rationem sumtus istius dominus admittit.

II. Der Gewaltgeber muß dem Bevollmächtigten allen, von Seiten des letztern nicht selbst verschuldeten,

Scha-

Schaden ersetzen, welchen derselbe aus der Erfüllung des Auftrags, wenn auch nur durch die geringste Schuld des Mandanten, erlitten hat.

L. 26. §. 7. *D. h. t.* Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, *Neratius* ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur: si tamen *sine culpa tua* id acciderit. Quod si ego *scissem*, talem esse servum, *nec praedixissem*, ut possis praecavere, tunc, *quanti tua intersit*, tantum tibi praestari oportet.

Paulus unterscheidet hier, ob der Mandant gewußt hat, daß der Sklave, welchen der Mandatar, dem erhaltenen Auftrage zu Folge, gekauft hatte, und von dem er war bestohlen worden, ein Dieb sey, oder nicht. Nur in dem ersten Falle könne der Mandatar auf das ganze Interesse klagen, in dem letztern aber nur eine noxae deditio erwirken. Allein Afrikanus nahm diesen Unterschied nicht an, sondern hielt es für billiger, daß der Gewaltgeber den Schaden unbedingt ersetze, er habe gewußt, daß der gekaufte Sklave ein Dieb sey, oder nicht. Denn der Mandatar kann hier immer sagen, er würde den Schaden nicht erlitten haben, wenn er den Auftrag nicht übernommen hätte. Zwar scheint es billig zu seyn, daß der Herr keinen größern Schaden durch seinen Sklaven leide, als derselbe werth ist; allein es ist doch weit billiger, daß ein Freundschaftsdienst, den Jemand zu eines andern Vortheil unentgeldlich übernimmt, ihm nicht zum Schaden gereichen darf. Die Worte des Afrikanus lauten folgendermaßen.

L. 61. §. 5. *D. de furtis.* Quod vero ad *mandati actionem* attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum

dum sit, *omnimodo damnum praestari debere?* Et quidem hoc amplius, quam in superioribus causis servandum: *ut etiam si ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse; nihilominus tamen damnum decidere cogetur:* iustissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Idque evidentius in causa depositi apparere: nam licet alioquin aequum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit: multo tamen aequius esse, *nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum esse.*

Um den Paulus mit Afrikan zu vereinigen, sagt man gewöhnlich [55]) Paulus rede blos von dem Falle, wenn der Mandatar nur überhaupt den Auftrag erhielt, einen Sklaven zu kaufen, Afrikan aber entscheide den Fall, wenn der Mandatar den bestimmten Auftrag erhalten hatte, namentlich einen gewissen Sklaven zu kaufen. In jenem Falle hieng die Wahl von dem Bevollmächtigten, in dem letztern aber lediglich von dem Mandanten ab. Daher sey es billig, daß der Gewaltgeber den Bevollmächtigten in dem letztern Falle unbedingt entschädige, in dem ersten aber sich durch eine noxae deditio seiner Verbindlichkeit entledigen könne. Allein man irrt sich sehr, wenn man glaubt, daß hierdurch der Widerspruch gehoben sey. Die Worte des Paulus; *Quod si ego scissem,*

55) S. *Reinh.* BACHOVIUS ad Disputat. Treutleri. Volum. I. Disputat. XXVII. Th. VII. Lit. E. et F. *Iust.* MEIER Ενδοξῶν Iustinian. Decad. VI. cap. 1: und *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν s. Legum conciliatar. Centur. IV. Qu. 90. pag. 342.

sim, talem esse servum, beweisen deutlich, daß auch **Paulus** an ein solches Mandat gedacht haben müsse, welches auf den Kauf eines gewissen Sklaven gerichtet war. Die Verschiedenheit der Meinungen unter den alten Römischen Rechtsgelehrten ist also wohl im Betreff der hier entschiedenen Frage eben so unverkennbar, als die Vereinigung derselben dem Ausleger unmöglich, wie auch **Pothier** [56]) bemerkt hat. **Afrikan** war nun zwar freylich ein älterer Jurist, als **Paulus**, Ulpians Zeitgenoß, wie schon bey einer andern Gelegenheit [57]) gezeigt worden ist, wen sollte aber wohl die Stärke der Gründe, die **Afrikan** gebraucht, nicht überzeugen, daß seine Meinung den Vorzug verdiene? Allein **Anton Faber** [58]) findet in dem Fragment des **Paulus** noch eine andere ihm ohne Emendation ganz unauflößliche Schwierigkeit. Nach dem Ausspruch dieses Römischen Juristen ist nämlich die actio mandati selbst in dem Falle, wo sie nur auf eine noxae deditio gestattet wird, von der Bedingung abhängig gemacht worden, wenn dem Mandatar bey dem Diebstahl des für den Mandanten gekauften Sklaven keine Culpa zur Last fällt. **Anton Faber** hält dieses für widersinnig. Denn erstens lasse sich ein Diebstahl ohne die eigene Schuld des Bestohlnen nicht leicht denken [59]). Es werde also die Klage durch diese Bedingung so gut als abgesprochen. Zweytens, wie kann meine Nachläßigkeit deinen Sklaven berech-

56) Pandect. Iustin. h. t. Nr. LX. not. h. pag. 470.

57) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 779. Not. 43. S. 17.

58) Conjecturar. iuris civ. Lib. III. cap. 5.

59) *L. 52. §. 3. D. pro Socio.*

berechtigen, mich zu bestehlen? Daß der Mandatar wegen des von dem gekauften Sklaven begangenen Diebstahls gegen den Mandanten noxaliter klagen könne, darüber habe gar keine Frage entstehen können [60]), noch weniger hätte es deshalb der Auctorität des Neratius bedurft. Die Frage wäre vielmehr diese gewesen, ob sich der Mandatar mit der noxae deditio begnügen müße? Um also die hier dem Ausleger sich aufdringende Ungereimtheit aus dem Wege zu räumen, müsse die Leseart geändert, und statt *sine culpa tua*, vielmehr *sine culpa mea* gelesen werden. Nun sey es billig, daß wenn der Gewaltgeber ausser aller Schuld sey, der Mandatar sich mit der noxae deditio begnüge. Allein wenn gleich auch **Johann Suarez de Mendoza** [61]) und **Hieron. Treutler** [62]) der Faberschen Emendation Beyfall geben; so hat doch schon **Reinhard Bachov** [63]) seine Bedenklichkeiten dagegen geäussert, und gezeigt, daß das Gesetz auch ohne eine solche Emendation einen vollkommen guten Sinn habe, und **Johann Wilhelm Marckart** [64]) hat dieses mit Hülfe der Basiliken [65]) und des griechischen Scholiasten

60) *L. 22. D. Commod. L. 45. D. Locati cond.*

61) Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. II. cap. II. Sect. I. nr. 34.

62) Vol. I. Disput. XXVII. §. 7. lit. F.

63) Notae et animadversion. ad Disputat. *Treutleri.* Vol. I. pag. 1025.

64) Probabilia receptar. Lectionum iuris civ. (*Traj. ad Rhen.* 1737.) pag. 179. sqq.

65) Tom. II. pag. 148. in fin. *Ἐὰν ὁ δοῦλος, ὃν κατὰ ἐντολήν μου ἠγόρασας, κλέψῃ παρὰ σοῦ ἄνευ κακίας σοῦ* etc. i. e. *Si servus, quem mandatu meo emeras, furtum apud te fecerit,* SINE FRAUDE TUA.

sten [66]) vollends ausser allen Zweifel gesetzt. Ich will jetzt gar nicht mehr berühren, daß **Anton Faber** alles gegen sich hat, was nur irgend die Kritik zur Bestärkung der gemeinen Leseart aufzubieten vermag, Auctorität der Handschriften, der besten Ausgaben, und der Basiliken. Es kommt blos darauf an, ob der Text, so wie die Worte lauten, wirklich eine Ungereimtheit enthält? Diese wird sogleich verschwinden, wenn man weiß, von welcher Culpa des Mandatars hier eigentlich die Rede sey. Der griechische Scholiast giebt uns hierüber folgende Erläuterung, wenn z. B. der Mandatar den Sklaven selbst zur Dieberey verleitet, und dadurch demselben Anlaß gegeben hätte, ihn selbst zu bestehlen. Dieses Beyspiel ist ganz dem Ausdruck angemessen, welchen die Griechen gebraucht haben, wenn sie das Wort culpa durch *κακία* übersetzen, welches hier soviel als Bosheit oder Arglist heißt. Nicht Unrecht hat daher auch **Bachov** das Wort *culpa*, von einer culpa gravior verstanden, per quam occasionem furandi mandatarius servo praebuerit, und **Markart** erläutert das Fragment noch durch das sehr passende Beyspiel, wenn der Mandant dem Mandatar vorausgesagt hat, daß der Sklave ein diebischer Kerl sey, und ihn gewarnt hat, auf seiner Hut zu seyn, um nicht von ihm bestohlen zu werden; der Mandatar aber dennoch auf diese Warnung nicht geachtet hat. Daß hier von einer solchen culpa des Mandatars wirklich die Rede sey, erhellet auch nicht undeut-

66) *Basilica* Tom. II. pag. 185. not. c. *Τυχὸν εἰ μὴ σὺ αὐτὸν τοιοῦτον ἀπειργάσω πολλάκις προτρεψάμενος ἕτερα ἀποσυλῆσαι*, i. e. *Nisi tu forte eum talem* (sc. furem) *effeceris, quod saepe eum cohortatus sis, ut res alienas contrectaret.*

deutlich aus *L.* 61. §. 7. *D. de furtis*, wo Afrikan sagt: Haec ita puto vera esse, si *nulla culpa ipsius, qui mandatum* vel depositum *susceperit*, intercedat. Caeterum si ipse ultro ei custodiam, argenti forte vel nummorum, commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est. Wer wird es nun unter diesen Umständen unbillig finden, wenn dem Mandatar die Klage auf Entschädigung gegen den Mandanten abgesprochen wird [67]?

Hat der Mandatar bey der Ausrichtung des Auftrags einen blos zufälligen Verlust z. B. durch Krankheit, Plünderung, Schiffbruch und dergleichen erlitten, so ist der Gewaltgeber einen solchen Schaden zu ersetzen nicht verbunden, weil dieser, als ein bloßer Unglücksfall, mit dem Auftrage in keiner nothwendigen Verbindung steht. Es ist dieses nicht nur der allgemeinen Regel gemäß, casus fortuiti a nullo praestantur, welche nach Ulpians Lehre [68]) bei allen Contracten gilt, sondern Paulus bestätiget dieses auch noch insonderheit bey dem Vollmachtscontract, wenn er *L.* 26. §. 6. *D. h. t.* sagt: Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit: veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel longuore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit; *nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet* [69]). Gleichwohl finden dieses viele Rechts-

67) S. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iuris Cap. XIV. §. 26. und CARPZOV P. II. Const. 20. Def. 13.

68) *L.* 23. *in fin. D. de div. reg. iur.*

69) Die *Basilica* Tom. II. p. 147. übersetzen hier so: ταῦτα γὰρ κατὰ τύχην, οὐ μὴν ἐκ τῆς ἐντολῆς συνέβη. i. e. *haec enim casu fortuito, et extra causam mandati accidunt.*

Rechtsgelehrten [70]) unbillig, und Accursius sagt gerade zu: *nec hic §. de curialitate debet servari.* Man sagt, im Societätscontract hätten ja die Römer billigere Grundsätze angenommen. Der Socius muß an dem Zufall Antheil nehmen, der den Mitgesellschafter betroffen hat [71]). Wenn nun ein Socius, der in Angelegenheiten der Gesellschaft doch zugleich zu seinem Vortheil eine Reise macht, den ihm bey dieser Gelegenheit zugestoßenen Unfall nicht allein tragen darf, warum soll der Mandatar, der aus der Besorgung der ihm übertragenen Angelegenheiten in der Regel gar keinen Vortheil zieht, den ihn bey dieser Gelegenheit betroffenen Unglücksfall allein leiden? Allein es findet zwischen dem Societäts- und Vollmachts-Contract nicht gleiches Rechtsverhältniß Statt. Denn das bringt die Natur des Societätscontracts mit sich, daß die Gesellschafter Gewinn und Verlust mit einander theilen müssen [72]), daher werden sie auch wie Brüder betrachtet. Von dieser Art ist aber der Vollmachtscontract nicht. Daher läßt sich von dem einen auf den andern kein gültiger Schluß machen, wie Ulrich Huber [73]) und Freyherr von Wernher

70) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXI. Th. 9 LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 36. *Io. Math.* MAGNUS Rationum et Differentiar iuris civ. Lib. II. cap. 8. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 305.) TULDENUS Comment. in Cod. h. t. nr. 8. und *Ant.* D'ESPEISSES Oeuvres. Tom. I. pag. 99.

71) *L. 52. §. 4. D. pro Socio.*

72) *L. 73. §. 1. D. eodem. L. 25. §. 6. D. Locati.*

73) Eunomia Rom. ad L. 26. §. 6. D. h. t. pag. 608. sq.

her [74]) hinlänglich gezeigt haben. Eine Ausnahme würde jedoch alsdann Statt finden, wenn entweder etwas anderes hierüber bey der Uebernehmung des Auftrags ausdrücklich wäre bestimmt worden, oder wenn der Gewaltgeber den Mandatar wissentlich an gefährliche und durch Räubereien berüchtigte Oerter geschickt hätte. Hier muß billig der Mandant den Mandatar auch für den Zufall entschädigen, weil erster hier den Zufall stillschweigend auf sich nimmt, oder wenigstens dadurch eine Kulpa begeht, daß er den Bevollmächtigten an solche gefährliche Orte schickt [75]).

III. Der Gewaltgeber ist endlich auch verpflichtet, den Mandatar von allen zu Folge des Auftrags und zum Besten desselben übernommenen Verbindlichkeiten zu befreyen. Hier geht dann die Klage gegen den Gewaltgeber nicht dahin, daß er etwas gebe oder erstatte, wie bey den vorhergehenden Verbindlichkeiten, sondern darauf, daß er etwas thue. Der Auftrag muß nur aber wirklich erfüllet seyn, wie dieses alles aus folgenden Gesetzstellen zu iersehen ist.

L. 45. pr. D. h. t. Si mandatu meo fundum emeris, utrum cum dederis pretium, ageres mecum mandati, an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? Et recte dicitur, in hoc esse mandati actio-

74) Selectar. Observation. forens. Tom. I. P. IV. Obs. 214. nr. 49—57.

75) S. *Io.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 93. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Observation for. Tom. I. P. IV. Obs. 214. nr. 58. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 36.

actionem, *ut suscipiam obligationem, quae adversus et venditori competit.*

L. 45. §. 1. *eod.* Sed si mandatu meo iudicium suscepisti, manente iudicio, sine iusta causa non debes mecum agere, ut transferatur iudicium in me: *nondum enim perfecisti mandatum.*

§. 2. *eiusdem L.* Item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et, *antequam solvas*, dicendum est, te agere posse, *ut obligationem suscipiam*: aut, si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo, defensurum te.

§. 3. *eiusd. L.* Si iudicio te sisti promisero, nec exhibuero, et *antequam praestem*, mandati agere possum, *ut me liberes*, vel si pro te reus promittendi factus sum [76].

§. 4. Sed si mandavero tibi, ut creditori meo solvas, *tuque expromiseris*, et ex ea causa damnatus sis, humanius est, et in hoc casu mandati actionem tibi competere.

§. 5. Quotiens autem *ante solutam pecuniam* mandati agi posse diximus, *faciendi causa, non dandi tenebitur reus:* et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti, cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, *ut liberemur.*

L. 38.

76) In den *Basilicis* Tom. II. pag. 155. wird diese Stelle deutlicher so ausgedrückt: τὸ αὐτὸ καὶ εἰ ὑπὲρ σοῦ γέγονα χρεώστης. i. e. *Idem et si pro te debitor factus sim.*

L. 38. §. 1. *D. h. t.* Non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet, quaestio: *Fideiussor* an et prius, *quam solvat*, agere possit, *ut liberetur?* Nec tamen semper exspectandum est, ut solvat, aut iudicio accepto condemnetur, *si diu in solutione reus cessabit*, aut *certe bona sua dissipabit:* praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori, mandati actione conveniat *reum* [77]).

Weigert sich der Gewaltgeber aus Arglist diese Verbindlichkeiten zu erfüllen, und wird der Treulosigkeit wegen verurtheilt, so wird er dadurch infamirt [78]). Haben mehrere den Auftrag ertheilt, so haften sie dem Mandatar ebenfalls wie correi für die Entschädigung; wird jedoch einer auf das Ganze belangt, während der Mitmandant auch noch zahlungsfähig ist, so kommt ihm nach dem Beyspiel des Bürgen die Wohlthat der Theilung zu statten [79]). Hätte der Mandatar den einen ausgeklagt, aber keine Befriedigung nicht von ihm erhalten, so wird dadurch der andere nicht befreit, so lange der Mandatar wegen seiner Forderung nicht vollständig befriedigt ist.

L. 59. §. 3. *D. h. t.* PAULUS respondit, unum ex mandatoribus *in solidum* eligi posse, *etiamsi non sit con-*

77) So lieset statt *conveniat*, Haloanda und Cod. Erlang. Ueber die *L.* 38. §. 1. *h. t.* ist überhaupt zu vergleichen *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. cap. 12.

78) *L.* 6. §. 5. *D. de his, qui not. infam.*

79) *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 10. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 528. Anderer Meinung ist Thibaut im Syst. des P. R. 2. B. §. 868.

concessum in mandato: post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causa iudicati singulas pro parte dimidia conveniri posse et debere.

L. 52. §. *ult. D. de fideiussor.* Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta, non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta.

L. 3. *Cod. de fideiussor.* Ubi sunt omnes idonei, *in portionem* obligatio dividitur.

L. 3. *Cod. de constit. pecun.* Divi *Hadriani* epistolam, *quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur*, locum habere in his etiam, qui pecunias pro aliis simul constituunt, necessarium est.

§. 957.

Klagen aus dem Vollmachtscontracte.

Die aus dem Vollmachtscontract entstehenden Klagen sind die *actio mandati directa* und *contraria*.

I. Die directe Mandatsklage wird von dem Gewaltgeber, so wie auch von seinen Erben, gegen den Bevollmächtigten, oder desselben Erben angestellt, und geht auf Erfüllung der ihm vermöge des übernommenen Auftrags obliegenden Verbindlichkeiten. Sie geht daher auf Vollziehung des aufgetragenen Geschäfts; oder im Unterlassungsfalle auf Leistung des vollen Interesse [80]), ferner auf Ablegung der Rechnung, wenn er Einnahmen und Ausgaben für den Kläger gehabt hat, desgleichen auf

80) *L.* 8. §. 6. *L.* 27. §. 2. *D. h. t.*

auf Abtretung der für den Gewaltgeber vermöge seiner Vollmacht erworbenen Klagen und Rechte, so wie auf Herausgabe alles dessen, was er sonst durch das Mandat gewonnen und für den Kläger in Empfang genommen hat, nebst Früchten und Zinsen, nicht minder auf Ersatz alles durch irgend ein Versehen verursachten Schadens. Waren dem Bevollmächtigten um der Geschäftsbesorgung willen Urkunden eingehändiget worden, so geht die Klage auch auf Zurückgabe derselben [81]).

II. Die *actio mandati contraria* steht dem Bevollmächtigten, so wie auch desselben Erben zu, und geht nicht nur auf den zur Ausführung des Auftrags nöthigen Vorschuß [82]), sondern auch auf Erstattung der zum Behuf des geführten Geschäfts bereits verwandten nothwendigen und nützlichen Unkosten, Vergütung der Zinsen von den für den Mandanten ausgelegten Geldern [83]), Ersatz der durch irgend ein Versehen des Beklagten erlittenen Schadens, so wie auf Befreiung der für denselben übernommenen Verbindlichkeiten [84]).

Hat

81) *L. 8. pr. D. h. t.*

82) *L. 12. §. ult. D. h. t.* Idem *Marcellus* scribit, si, *ut post mortem sibi monumentum fieret*, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. Illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum: *potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum*: maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.

83) S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 4. Th. Ded. 245.

84) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. Schmidts Lehrb. von Klagen und Einreden §. 1036. ff. Formulare geben BÖHMER

Hat der Bevollmächtigte einen andern substituirt, so wird zwar zwischen dem ersten Gewaltgeber und dem Substituten kein Mandatsverhältniß begründet, es kann daher der erste Mandant so wenig gegen den zweyten Mandatar, als dieser gegen den ersten klagen [85]). Allein da der substituirende Bevollmächtigte in Ansehung seines Substituten unstreitig als Mandant anzusehen ist, so hat es keinen Zweifel, daß auch in Ansehung der beyderseitigen Rechtsmittel, so wie der beyderseitigen Rechtsverhältnisse dieselben Bestimmungen gelten, welche zwischen dem ursprünglichen Gewaltgeber, und seinem Bevollmächtigten Statt haben [86]).

Ob auch der Gewaltgeber durch die actio mandati contraria infamirt werden könne, ist streitig. Einige [87]) wollen behaupten, daß nur die directe Mandatsklage diese Folge habe. Man beruft sich theils auf §. 2. *I. de poena temere litigant.* wo **Justinian** sagt: Ex quibusdam iudiciis damnati, ignominiosi fiunt, veluti furti, etc. item tutelae *mandati*, depositi, *directis*, non *contrariis actionibus;* theils auf *L.* 6. §. 7. *D. de his, quis not. infam.* wo **Ulpian** den Satz aufstellt: *Contrario iudicio damnatus* non erit infamis: nec immerito: nam in *contrariis* non *de perfidia* agitur, sed *de calculo*, qui

MER in Doctr. de action. Sect. II. cap. VIII. §. 131. und MENCKEN Introd. in doctr. de action. for. Sect. II. cap. II. membr. IX. §. 15.

85) Arg. *L.* 1. §. 11. *et L.* 16. *D. depositi.* S. VOET h. t. §. 8.

86) *L.* 8. §. 3. *D. h. t.*

87) *Ian.* A COSTA Comm. ad §. 2. I. de poena temere litig. *Em.* MERILLIUS Comm. ad eund. §. und Buchner in dem öfters angef. Versuch §. 110. not. a. S. 122.

qui fere iudicio solet dirimi. Allein selbst der Grund, welchen Ulpian anführt, überzeugt uns, daß die actio mandati contraria nur in soweit nicht infamirt, als dem Mandanten keine Treulosigkeit zur Last fällt. Sollte hingegen dieses der Fall seyn, so wäre kein Grund vorhanden, warum die actio contraria nicht eben so gut, wie die actio directa, infamiren sollte. Eben dies behaupten auch Johann Voet [88]) und Arnold Vinnius [89]). Ja Ulpian lehrt selbst kurz vorher §. 5. *L. 6. cit.* ausdrücklich, daß auch der Mandant wegen begangener Treulosigkeit infamirt werden könne. *Mandati condemnatus*, sagt er, verbis Edicti notatur, non solum, qui mandatum suscepit, *sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat:* utputa, fideiussi pro te, et solvi, *mandati et si condemnavero* [90]), *famosum facio.* Der Scholiast der Basiliken [91]) will zwar dieses blos auf die actio

88) Commentar. ad Pand. Lib. III. Tit. 2. §. 2.

89) Comment. ad §. 2. I. de poena rem litig. nr. 3 in fin.

90) *Si condemnavero* ist hier soviel als *si effecero, ut condemnareris*, wie es *Ant.* SCHULTING in Enarrat part. prim. Dig. h. t. §. 8. erklärt. VOET in Comm. ad Pand. Lib. III. Tit. 3. §. 14. findet zwar diese Art sich auszudrücken hart und ungewöhnlich. Allein daß selbst Cicero und die besten Klassiker so gesprochen haben, hat BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Condemno* nr. 4. gezeigt. Man sehe auch PITHOEI Adversar. in *Thes. Meerman.* T. I. pag. 354. *van* VRYHOFF Observation. iuris civ. c. 3. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. pag. 922. in fin. und ERNESTI ad *Sueton.* in Tiberio cap. 8.

91) *Basilica* Tom. II. pag. 618. nach Fabrot: *Nam contraria infamiam non irrogat, haec enim pro sumtibus in iudicio factis a procuratore pro principali, qui ei mandavit, ut litigaret, intendi-*

actio mandati contraria einschränken, welche dem Bürgen gegen den Schuldner zusteht, weil der Schuldner, welcher sich weigert, dem Bürgen dasjenige, was er für ihn bezahlt hat, zu erstatten, die Pflichten der Dankbarkeit verletze, welche er seinem Wohlthäter schuldig ist. Allein Ulpian hat hier des Bürgen offenbar blos Beyspielsweise gedacht; dieses beweißt das in solchen Fällen gewöhnliche *utputa*. Daß aber die actio mandati contraria auch in jedem andern Falle infamire, wenn der Mandant einer erwiesenen Treulosigkeit wegen verurtheilt worden ist, beweisen die Worte *sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat*, &c. notatur, ganz augenscheinlich [92]).

Heutzutage kann die actio mandati contraria auch auf die Bezahlung eines versprochenen Honorars gerichtet werden [93]).

§. 958.

tenditur — SOLA *autem, quae* FIDEIUSSORI *competit*, CONTRARIA *infamat: idque rationem habet Nam qui pro aliquo fideiussit, et solvit, quique moram passus est in eo recipiendo ab eo, pro quo fideiussit, quomodo eum non infamabit, qui erga* BENEFICIUM *frustrator exitit.*

92) Man sehe auch Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 926. Nr. 6.

93) S. BOEHMERI Doctr. de actionib. loc. cit. § 132. HOMMEL ad Meneken Introd. in doctr. de action. for. not. 832. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 1039. Ist keine Belohnung versprochen worden, der Mandatar befindet sich aber doch in dem Falle etwas für seine Bemühung fordern zu können, so wird ihm eine ausserordentliche Klage gestattet. S. Höpfners angef. Commentar §. 931.

§. 958.

Rechtsverhältniß zwischen dem Dritten und dem Gewaltgeber oder Bevollmächtigten.

Es ist nun noch von den Rechten und Verbindlichkeiten zu handeln, welche der Vollmachtscontract in Ansehung des Dritten erzeugt, mit dem der Mandatar das ihm aufgetragene Geschäft geschlossen hat [94]). Man muß hier das Rechtsverhältniß zwischen dem Gewaltgeber und dem Dritten, von dem Rechtsverhältniß zwischen dem Dritten und dem Bevollmächtigten wohl unterscheiden. In Ansehung des erstern stellt das römische Recht folgende Grundsätze auf:

I) Der **Gewaltgeber** kann in der Regel aus dem Contract, welchen der Mandatar mit dem Dritten geschlossen hat, nicht unmittelbar actione directa klagen, sondern er muß sich die Klage von dem Mandatar gegen den Dritten cediren lassen. Der Grund hiervon liegt darin, weil nach der Subtilität des römischen Rechts Niemand durch eine freie, seiner Gewalt nicht unterworffene, Person Rechte erwerben, noch weniger aber verbindlich gemacht werden kann [95]). Inventae sunt enim obligationes ad hoc, sagt Ulpian [96]), ut unusquisque sibi adquirat, quo sua interest. Diesem Grundsatz zu Folge erhält daher der Mandant nach dem Römischen Recht aus

94) Hiervon handelt ausführlich *Io. Nic.* HERTIUS in Diss. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatu tertii: (in EIUS *Commentat. et Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 155. sqq.) Man sehe auch **Buchners** angef. Versuch §. 95. ff.

95) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 343. S. 559. ff.

96) *L.* 38. §. 17. *D. de verb. obligat.*

aus den Handlungen seines Bevollmächtigten unmittelbar weder Rechte noch Verbindlichkeiten, sondern seine sowohl active als passive Obligation geht unmittelbar nur auf den Bevollmächtigten [97]. Von diesem ist er, wie schon oben bemerkt worden ist, nicht nur berechtiget, Abtretung der durch Erfüllung des Auftrags erworbenen Rechte und Klagen zu fordern [98], sondern er ist auch verpflichtet, ihn von allen aus dem Mandat entstandenen Verbindlichkeiten durch Uebernahme derselben zu befreyen [99]. Erst auf solche Art werden die ursprünglich nur zwischen dem Mandatar und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisse auch für den Mandanten wirksam. Nur wenige Fälle nimmt das Römische Recht aus, in welchen der Mandant ohne Cession aus dem von seinem Bevollmächtigten geschlossenen Geschäft unmittelbar klagen konnte [100]. Es sind folgende.

1) Wenn der Mandatar das Geschäft **in Gegenwart des Gewaltgebers** schloß [1].

2) Wenn sich der Prokurator zum Vortheil seines Principals von dem Gegner desselben **Caution** bestellen ließ,

97) *L. 11. §. 6. D. de pign. act. L. 11. D de obligat. et action. L. 1. Cod. Per quas personas nobis acquirat.*

98) *L. 8. §. 5. L. 43. L. 45. pr. et §. 5. D. h. t. L. 49. §. ult. D. de acquir. vel amitt. possess.*

99) *L. 45. pr. et §. 2. et 5. D. h. t.*

100) S. *Hub.* GIPHANIUS Lectur. Altorfin. ad L. 11. D. de obligat. et action. nr. 18—20. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. IV. §. 26. und HERT Diss. cit. §. 3.

1) *L. 79. D. de Verb. obligat.*

ließ, z. B. cautio iudicatum solvi [2]). Dieses galt auch von allen prätorischen Stipulationen [3]), z. B. der cautio de damno infecto [4]).

3) Wenn sich der Mandatar sonst etwas in Ansehung einer dem Gewaltgeber gehörigen Sache versprechen ließ. Z. B. er stipulirt dem Hause seines Principals eine Servitut [5]).

4) Wenn das Mandant, wegen der Abwesenheit des Bevollmächtigten, keine Cession von ihm erhalten konnte [6]).

In allen diesen Fällen konnte jedoch der Gewaltgeber ohne Cession nur actione utili klagen. Es giebt aber auch Fälle, wo der Mandant ohne Cession sogar actione directa klagen konnte, nämlich

a) wenn der Mandatar für den Gewaltgeber Geld ausgeliehen hatte, in welchem Falle der Bevollmächtigte dem Gewaltgeber nicht nur die condictio certi ex mutuo, sondern auch sogar die actio hypothecaria, wenn er sich nämlich eine Hypothek deshalb hatte bestellen lassen, ipso iure erwarb [7]).

b) Wenn

2) *L.* 27. §. 1. *L.* 28. *D. de procurator.*

3) *L.* 3. *L.* 5. *D. de stipulat. praetor.*

4) *L.* 18. §. *ult. D. de damno inf.*

5) *L.* 68. *D. de procurat.* GIPHAN Lectur. Altorf. p. 76. besonders *Osius* AURELIUS de variantib. Cujacii interpretat. Dispunct. IX. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. III. pag. 716. sq.)

6) *L.* 1. *in fin. L.* 2. *D. de instit. act.*

7) *L.* 9. §. 8. *D. de reb. credit. L.* 2. *Cod. Per quas personas nobis acquir.*

b) Wenn der Mandatar aus einer ignorantia facti für seinen Principal eine Nichtschuld bezahlt hat. Auch hier kann der letztere die condictio indebiti ohne Cession direct anstellen [8]).

Allein heut zu Tage sind unsere Rechtsgelehrten darin ziemlich einverstanden, daß der Mandant aus dem Contract, der in seinem Namen vermöge ertheilten Auftrags geschlossen worden ist, in jedem Falle gegen den Dritten unmittelbar klagen könne, ohne einer förmlichen Cession oder der Anwendung einer sogenannten actio utilis weiter zu bedürfen [9]). Denn das Hauptprincip, worauf die römische Legislation in dieser Materie sich stützte, daß man nämlich durch einen freien Menschen keine Rechte erwerben könne, ist, als blos der Römischen Verfassung und der Form ihrer Verträge eigen, in Deutschland nie angenommen worden, wie dieses alles schon längst von Herrn Prof. **Weber** [10]) überzeugend dargethan worden ist.

II. So wenig der Mandant nach der Subtilität des strengen römischen Rechts gegen den Dritten in der Regel ohne Cession klagen konnte, eben so wenig konnte er auch aus dem Contract des Mandatars belangt werden. Denn so wie man sagte: *alteri stipulari nemo potest*, eben so war es auch eine Regel: *alter ex alterius contractu non obligatur*. Diese Strenge des ältern Römischen Rechts ist

8) *L. 6. Cod. de condict. indebiti.*

9) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 6. **Höpfners** Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 938.

10) Systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 89. a. S. 375.

ist aber durch die neuern Gesetze darin gemildert und abgeändert worden, daß nun auch gegen den Mandatar die *actio quasi institoria*, oder *actio institoria utilis* gestattet wird. Direct wird nämlich diese Klage, wie in dem Titel de institoria actione bemerkt wurde, gegen einen Handelsherrn angestellt, mit dessen Factor ein Dritter contrahirt hat. Weil nun zwischen einem Handelsherrn und seinem Factor das nämliche Rechtsverhältniß, wie zwischen einem Mandanten und Mandatar, Statt findet, so hat man die actio institoria utiliter auf alle Mandanten und Mandatarien ausgedehnt, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet:

L. 10. §. 5. *D. h. t.* Idem *Papinianus* libro eodem refert, fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, *utilem actionem* dandam, *quasi institoriam*; quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.

L. 19. *pr. D. de institoria act.* In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, *utilis ad exemplum institoriae dabitur actio:* quod aeque faciendum erit, et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

L. 23. §. 25. *D. de actionib. emti vend.* Si procurator vendiderit, et caverit emtori: quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat? Et *Papinianus* lib. 3. Responsorum putat, cum domino *ex emto* agi posse *utili actione ad exemplum institoriae actionis*, si modo rem vendendam mandavit.

So wie jedoch die actio institoria gegen einen Gewerbs- oder Handelsherrn nur eigentlich dann begründet

ist,

ist, wenn der Vertrag mit dem Factor in Gemäßheit der ihm ertheilten Gewerbsvorschrift geschlossen worden; so wird auch bey der *actio quasi institoria*, wenn sie gegen den Mandanten Statt finden soll, vorausgesetzt, daß der Bevollmächtigte die Grenzen seines Auftrags nicht überschritten habe [11]. Indessen finden auch hier mehrere Ausnahmen Statt, nämlich in folgenden Fällen.

1) Wenn der Bevollmächtigte ausser der offenen Vollmacht, kraft welche er mit dem Dritten contrahirte, noch eine geheime Instruktion (mandatum secretum) erhielt, und diese, welche nur ihm und dem Mandanten allein bekannt war, überschritten hat [12]. Hier wird dennoch der Mandant aus den Handlungen des Mandatars dem Dritten verbindlich; jedoch haftet auch ihm der Bevollmächtigte wegen der Ueberschreitung, und es bleibt ihm unbenommen gegen diesen seinen Regreß zu nehmen [13].

2) Wer zu einer unerlaubten Handlung einen Auftrag giebt, haftet für alle daraus entstehenden, wenn gleich nicht beabsichtigten Folgen, wofern nur der Uebernehmer des Auftrags nicht arglistig eine ganz andere Hand-

11) *L.* 10 *Cod. de procurator. L.* 27. *pr. D. eodem. L.* 22. *Cod. de fideiussor.* MEVIUS P. VI. decis. 24. et 26.

12) *L.* 11. §. 2—5. *D. de instit. act. Hug.* GROTIUS de iure belli ac pacis Lib. III. cap. 22. §. 4. HERT cit. Diss. §. 11. *Andr. Flor.* RIVINUS Diss. de mandato procuratoris secreto. *Vitemb.* 1752. §. 20—22.

13) *L.* 10. *D. h. t. L.* 10. *Cod. de procurat.* CARPZOV P. II. Const. XX. Def. 11. und LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXVIII. medit. 5.

Handlung vollbrachte, als ihm war aufgetragen worden (§. 953.)[14].

3) Wenn der Gewaltgeber die Handlungen des Bevollmächtigten, der Ueberschreitung des Auftrags ungeachtet, genehmiget[15], welches auch stillschweigend dadurch geschieht, wenn er das fordert, was sich der Mandatar von dem Dritten hat versprechen lassen, oder deshalb eine Cession annimmt[16]; in welchen Fällen es sich denn von selbst versteht, daß er auch dem Dritten dadurch verbindlich werde.

4) Wenn der Mandatar nur in unbedeutenden Nebenumständen die Grenzen seiner Vollmacht überschritten hat[17].

Soviel hiernächst das Rechtsverhältniß zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten anbetrift, so haben hier folgende Grundsätze Statt.

I) Der Mandatar kann gegen den Dritten aus dem mit ihm geschlossenen Contract klagen. Reicht jedoch seine Vollmacht soweit nicht, so kann ihm die exceptio doli entgegengesetzt werden[18]. Nur bey einem gerichtlichen Prokurator machen die Gesetze eine Ausnahme. Diesem wird,

14) HERT cit. Diss. §. 12.

15) *L. fin. Cod. ad SCtum Macedon. Cap.* 10. *de reg. iuris in 6to.*

16) MEVIUS P. II. Decis. 140. und HERT cit. Diss. §. 13.

17) Arg. *L.* 1. §. *fin. D. de ventre insp.* S. HERT cit. Diss. §. 14.

18) *L.* 28. *D. de procurator.* verglichen mit *L.* 16. *pr. D. de pactis.* S. HERT cit. Diss. §. 8. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 932. Nr. 2.

wird, wenn er bey der ihm aufgetragenen Proceßführung Auslagen gehabt hat, und deren Erstattung von seinem Principal wegen Zahlungsunfähigkeit desselben nicht erhalten kann, eine, keiner Einrede ausgesetzte, Klage (actio iudicati) wider den Gegner seines Principals dahin gestattet, daß dieser ihn wegen seiner gehabten Auslagen aus dem, was derselbe dem Judicatum zu Folge zu bezahlen hat, befriedige [19]). Ausserdem erwirbt der von einem eigentlich so genannten Mandator zu einem Gelddarlehn Bevollmächtigte aus dem zu Folge des erhaltenen Auftrags eingegangenen Rechtsgeschäft eine doppelte wirksame Klage, nämlich gegen den Mandator, wie überhaupt jeder Bevollmächtigte, die *actio mandati contraria*, und gegen den Dritten die aus dem mit ihm geschlossenen Geschäft entstehende *condictio ex mutuo*.

L. 7. Cod h. t. Si litteras eius secutus, qui pecuniae actor fuerit, ei, qui tibi litteras tradidit, pecunias credidisti: tam *condictio adversus eum, qui a te mutuam sumsit pecuniam*, quam adversus eum, cuius mandatum secutus es, *mandati actio tibi competit.*

II. Der Mandatar kann, so lange der Vollmachtscontract nicht aufgehoben ist, von dem Dritten, mit dem er, demselben gemäß, contrahirte, auch selbst belangt werden, jedoch natürlich nur insoweit, daß er dem Kläger aus dem Vermögen des Mandanten, was er etwa noch in Händen hat, seine Befriedigung verschaffe. Nam qui

19) *L. 30. D. de procurator.* Actoris procurator, non in rem suam datus, propter impensas, quas in litem fecit, potest desiderare, ut sibi ex iudicatione satisfiat, si dominus litis solvendo non sit.

qui administratorio nomine contrahit, non de sua, sed de eius pecunia, cuius nomine contrahit, solutionem promittere videtur, sagt Hert [20]) ganz richtig. Nach aufgehobenem Mandate hingegen hat gegen den Bevollmächtigten keine Klage weiter Statt, ausser wenn derselbe entweder mit dem Dritten im eignen Namen contrahirte [21]), oder sich selbst durch Intercession [22]), oder durch Ueberschreitung des Auftrags [23]), oder durch Besorgung eines unerlaubten Geschäfts verbindlich machte [24]).

§. 959.

Aufhebung des Mandats.

Der Vollmachtscontract setzt auf der einen Seite Freundschaft und Dienstfertigkeit, auf der andern Vertrauen voraus. Da diese Eigenschaften theils ganz persönlich sind, und nicht auf die Erben übergehen, theils durch unvorhergesehene Umstände, und den Wankelmuth des menschlichen Herzens selbst nur gar zu leicht eine Verände-

20) Cit. Diss. §. 20.

21) Ein gleiches gilt in dem Falle, wenn der Dritte gleich bey Schliessung des Geschäfts ausdrücklich erklärte, daß er nur den Mandatar berücksichtige, und sich durchaus nur an ihn allein halten werde. *L. 13. C. Si certum petat.*

22) *L. 67. D. de procurator. L. 3. §. 2. D. de admin. rer. ad civitat. pertinent.*

23) Arg. *L. 1. §. fin. D. Quod iussu. L. 13. et 19. D. Rem rat. haberi. L. 6. §. 1. et 2. L. 57. §. 1. D. de condict. indeb.* CARPZOV P. II. Const. XX. Def. 12. und HERT cit. Diss. §. 18.

24) *L. 11. §. 3. D. de iniur.* S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 873. a. E. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1005.

änderung erleiden können; so haben die Gesetze, ganz der Natur der Sache gemäß, über die Aufhebung des Vollmachtscontracts folgende Bestimmungen festgesetzt. Das Mandat endiget sich nämlich

I. durch den Tod eines der Contrahenten, es sey des Gewaltgebers, oder des Bevollmächtigten [25]. Stirbt also der Mandant, so ist der Bevollmächtigte weder befugt noch verpflichtet, den Auftrag zu vollziehen [26]; nicht befugt, weil der Wille des Gewaltgebers mit seinem Tode aufhört [27], nicht verpflichtet, weil man nach der Natur des Contracts annehmen muß, der Mandatar habe nur dem Mandanten allein, nicht seinen Erben, durch Uebernehmung des Auftrags einen Freundschafts Dienst erweisen wollen [28]. Hieraus folgt, daß das

25) §. *10. I. de mandato.* Item si adhuc integro mandato (d. i. ehe noch das Geschäft vollzogen war) mors alterutrius interveniat, id est, vel eius, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum.

26) *L. 26. pr. D. h. t.* Inter causas omittendi mandati etiam *mors mandatoris* est: nam mandatum solvitur morte. — *L. 15. Cod. eodem.* Mandatum re integra *domini morte* finitur. S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1009. not. e.

27) *L. 12. §. 16. D. h. t.* Quia extinctum est mandatum, *finita voluntate* S. VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 15.

28) S. VINNIUS Comm. ad. §. 19. I. de mandato nr. 1. wo er sagt: *Sed nimirum natura mandati tacite continetur, ut ne mandatum personam egrediatur aut mandantis aut mandatarii: non* MANDANTIS. *quippe quem sibi soli officiosam hanc operam ab amico praestari, et cui soli, ut amico, in eo gratificari mandatarium voluisse putandum est; non* MANDATARII, *quia industriae et fidei certae personae in eo electae res commissa fuit.*

das nach des Gewaltgebers Tode dennoch vollzogene Geschäft, als eine ohne Auftrag unternommene Handlung, anzusehen ist, welche die Erben desselben als gültig anzuerkennen nicht schuldig sind [29]). Stirbt hingegen der Mandatar, so dürfen sich auch desselben Erben nicht weiter in das Geschäft einmischen. Hat sich demnach der Erbe des Bevollmächtigten um die Vollziehung des Geschäfts angenommen, so erhält er daraus keine Mandatsklage [30]), wenn er auch sich desfalls in einem Irrthum befunden haben sollte. *Neque oportet*, sagt Papinian [31]), *eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredem adfici damno.*

Wenn jedoch die Gesetze den Grundsatz aufstellen, daß das Mandat durch den Tod des Mandanten aufhöre, so setzen sie

1) überall voraus, daß der Tod des Mandanten *integro adhuc mandato*, oder *re integra* erfolgt sey. Hieraus folgt also, daß in dem entgegengesetzten Falle, da res nicht mehr integra ist, die obligatio und actio mandati begründet sey [32]). Um jedoch diese Bestimmung der Gesetze

29) S. Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 1. Abth. Resp. CXXVI. nr. 17. S. 256.

30) *L.* 27. §. 3. *h. t.* Morte quoque eius, cui mandatum est, *si in integro adhuc mandato decesserit*, solvitur mandatum: *et ob id heres eius, licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem.* Hieher gehört auch noch *L.* 57. *D. h. t.* welche ich schon an einem andern Orte, Th. 8. 2. Abth. §. 598. S. 366. ff. erklärt habe.

31) *L.* 57. *D. h. t.*

32) S. VINNIUS Comm. ad §. 10. de mandato. Nr. 3.

Gesetze richtig zu verstehen, muß man auf folgende Art unterscheiden.

a) Auf Seiten des Gewaltgebers, oder seiner Erben ist das mandatum nicht mehr integrum, wenn zu der Zeit, da der Mandant starb, die Sache schon so weit gediehen ist, daß desselben Erben ohne ihren offenbaren Nachtheil das Mandat nicht mehr selbst vollziehen, oder einem Dritten übertragen können [33]. Z. B. die Vollziehung des Auftrags ist an einen peremtorischen Termin gebunden, und dieser so kurz, daß vor Ablauf desselben die abwesenden Erben keine Nachricht von dem Tode ihres Erblassers erhalten, noch wegen des von demselben aufgetragenen Geschäfts weitern Entschluß faßen können. Hier kann sich der Mandatar durch den Tod des Mandanten des erhaltenen Auftrags nicht für entlediget halten, ohne die Erben des Mandanten in offenbaren Schaden zu bringen. Eben das würde in dem Falle gelten, wenn mir Jemand während seiner Krankheit die Besorgung und Fütterung seiner Pferde übertragen hätte, und er stirbt. Darf ich nun die Pferde stehen, und Hungers sterben lassen, weil der Auftrag durch den Tod des Mandanten erloschen ist, wenn die Erben so weit entfernt sind, daß es eine Zeit von mehreren Tagen, oder Wochen kostet, um den Tod des Mandanten zu erfahren? Gewiß nicht, ohne mich den Erben verantwortlich zu machen. Denn man muß hier billig annehmen, der Mandant bedinge sich das immer stillschweigend von dem Mandatar aus, daß er den Auftrag auch in dem Falle noch nach

33) Arg. §. 11. *I. h. t.* und *L.* 22. §. *ult. et L.* 27. §. 2. *D. eodem.*

nach seinem, des Mandanten, Tode vollziehe, wenn die Erben desselben ohne ihren Nachtheil das Mandat nicht mehr selbst vollziehen, oder durch einen Andern vollziehen lassen könnten. Denn daß man sich zu seinem und seiner Erben Vortheil etwas versprechen lassen kann, hatte schon nach dem ältern römischen Rechtssysteme nicht den mindesten Zweifel [34]). Es sey mir erlaubt, zu mehrerer Bestärkung des Gesagten, mich noch auf die Auctorität eines der größten Civilisten seines Zeitalters, des **Franz Connanus** [35]), zu berufen, welcher sich gewiß hierüber am gründlichsten erklärt hat. *Rem non amplius integram*, sagt dieser grosse Rechtsgelehrte, intelligo, cum salva fide officii semel suscepti, et sine mandatoris aut eius heredum pernicie recedi a mandato non potest: veluti si mandasses mihi, ut fundum tuum redimerem, et audita morte tua, qui peregre profectus esses, nec dum heres tibi ullus appareret, et instaret redemtionis dies, qua praeterita redimendi ius tolleretur: contra officium fecero, si non redimam. Res enim integra non est. Atque ita, ubi pares erunt rationes, par ius constituendum erit: ut cum est mandatum eiusmodi, quod inchoatum deferi quasi sine scelere non potest. Cuius rei et hoc addatur exemplum: Reliqui apud te servum aegrotantem, mandavique, ut cu-

rares

34) *L. 38. §. 12. et 14. D. de verb. obligat.* S. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. L. *Oper.* pag. 742. und *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XII. cap. 17. §. *In secundo genere.*

35) Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VII. cap. 14. fol. 567. (*Lutetiae* 1553. f.)

rares et alcres: si de morte mea resciveris, tamen magnum scelus facias, si servum destituas, et finas fame necari. *Namque in hujus generis mandatis tacita contrahentium voluntate videtur quodammodo actum, ut ne morte quidem mandantis terminetur mandatum, usque dum per alium provideri queat.*

b) Für den Mandatar ist das Mandat nicht mehr integrum, wenn er sich schon soweit in das Geschäft eingelassen, und zur wesentlichen Ausführung desselben einen solchen Kostenaufwand gehabt hat, daß es ihm unmöglich ist wieder zurückzugehen [36].

c) Für den Dritten, mit welchem der Mandatar das Geschäft geschlossen hat, ist res nicht mehr integra, wenn er bereits ein Recht daraus erworben hat, welches ihm nicht wieder genommen werden darf.

2) Das Mandat muß ein solches seyn, welches noch beym Leben des Gewaltgebers erfüllet werden kann und soll. Ist das Geschäft daher ein solches, welches, nach dem ausdrücklich erklärten Willen des Mandanten, erst nach seinem Tode vollzogen werden soll; so versteht sich's, daß ein solches Mandat nicht mit dem Tode des Mandanten erlöschen kann, da es, einem Fideicommiß gleich [37]), erst nach dem Tode des Gewaltgebers seine Na-

36) S. VINNIUS ad §. 10. I. h. t. nr. 3. in fin.

37) Daß ein solches Mandat mit einem Fideicommiß viel Aehnlichkeit hat, ist wohl nicht zu bezweifeln. Denn Justinian hält die Formeln *mando*, und *fidei tuae committo* für gleich bedeutend; §. *ult. I. de singulis rebus per fideic. relict.* und fast überall, wo die Gesetze von fideicommissarischen Verordnungen sprechen, wird das Wort *mandare*, oder *mandatum imponere* gebraucht. *L. 77. §. 24. D. de legat. II. L. 62. §. 1. D. ad SCtum*

Natur, ja gleichsam sein Leben und seine Substanz erhält. Die Frage, ob ein solches mandatum post mortem mandantis exequendum gültig sey, scheint zwar unter den alten römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen zu seyn. Denn man stritte überhaupt darüber, ob ein Vertrag gelte, wodurch sich Jemand von dem Andern etwas nach seinem Tode versprechen ließ, wie aus der diese Controvers entscheidenden Verordnung des Kaisers Justinian *L.* 11. *Cod. de contrah. et committ. stipulatione* erhellet. Daß indessen wenigstens in Ansehung des Mandats schon vor Justinian die römischen Rechtsgelehrten darin einig gewesen seyn müssen, daß ein mandatum post mortem mandantis exequendum gelte, und die actio mandati dadurch begründet werde, ergiebt sich aus folgenden ganz deutlichen Gesetzstellen.

L. 12. §. *ult. D. h. t.* Idem *Marcellus* scribit, si, *ut post mortem sibi monumentum fieret*, quis mandavit, *heres eius poterit mandati agere* [38]).

L. 13. *D. eodem.* Idem est, et si mandavi tibi, *ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum.*

L. 27. §. 1. *D. eodem.* Si servum ea lege tibi tradidero, *ut eum post mortem meam manumitteres*, constitit obligatio [39]).

SCtum Trebell. L. 74. *pr. D. eodem. L.* 123. §. 1. *D. de legat. I. L.* 1. §. 1. *Cod. Commun. de manumiss.* Ja in der angeführten letztern Stelle wird der Fideicommittent ausdrücklich mandator genennt.

38) *Ger.* NOODT Observation. Lib. II. cap. 3. ergänzt hier aus Manuscripten die Worte: *ut perficiatur.* Sie finden sich auch in dem Cod. Pand. Erlang.

39) Haloanders Text liefet hier: *consistit obligatio mandati.*

L. 108. D. de solution. Ei, *qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est*, recte solvitur: quia talis est lex obligationis.

Dieser ganz entscheidenden Gesetzstellen ungeachtet, ist dennoch **Gerhard Noodt**[40]) ganz anderer Meinung. Er stellt den Grundsatz auf, daß zu Folge der Regel, das Mandat endige sich schlechterdings mit dem Tode des Mandanten, ein Auftrag nicht gelten könne, der nach dem Willen des Mandanten erst nach seinem Tode vollzogen werden soll. Von dieser Regel hätten die Gesetze nur in dem Falle eine Ausnahme gemacht, wenn das Mandat ertheilet worden, dem Mandanten nach seinem Tode ein Monument zu errichten, oder einen Platz für ein Erbbegräbniß zu kaufen. Blos von diesem Falle sey in *L. 12. §. ult.* und *L. 13. h. t.* die Rede. Denn man müsse des genauen Zusammenhangs wegen, in welchem diese beyden Fragmente stehen, statt der Worte *heredibus meis* in der L. 13. vielmehr *hereditario monumento* lesen [41]). Daß aber ausser diesen

Cod. Erlang. hat *consistit obligatio.* Diese Leseart stimmt auch mit dem *Basilicis* Tom. II. pag. 148. überein: συνίσαται ἐνοχή. Brenkmann in dem Göttingischen Corpus iuris streitet aber dennoch für die Beybehaltung der florentinischen Leseart.

40) Observation. Lib. II. cap. 1 — 3.

41) NOODT a. a. O. cap. 3. glaubt, in den alten Manuscripten wären die Abbreviaturen gestanden: H. M. Diese hätten die Abschreiber nicht verstanden, und dafür *heredibus meis* geschrieben. Es müsse aber hereditario monumento heissen. *L. 14. §. 3. D. de religios.* Allein schon *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 11. §. 3. et 4. hat dagegen erinnert, daß dergleichen Abbreviaturen in dem ihnen von Noodt beygelegten

sen Fällen, wo man offenbar nur der Religion wegen von der Strenge des Rechts abgewichen sey, das Mandat nicht gelte, welches erst nach dem Tode des Mandanten vollzogen werden solle, sage **Paulus** ausdrücklich *L. ult. D. de solut.* wo es heißt: Ei autem, cui iussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur. Es sey dieses überhaupt auch dem Grundsatz des ältern römischen Rechts gemäß, nach welchem keine Verbindlichkeit noch Klage bey den Erben ihren Anfang nehmen solle. **Justinian** habe nun zwar durch die *L. un. Cod. Ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant*, diesen Grundsatz in der Folge aufgehoben, aber damit sey dennoch die Natur des Mandats nicht verändert worden. Denn **Justinian** habe §. 10. *I. h. t.* den Satz des alten Rechts stehen gelassen, daß ein Mandat durch den Tod des Mandanten erlösche. Die Noodtische Meinung hat zwar an **Everhard Otto** [42]) und **Bernhard Heinrich Reinold** [43]) angesehene Verthei-

ten Sinn den Alten ganz unbekannt gewesen sind. Monumente pflegten die Alten auch nur, um das Andenken eines Verstorbenen zu ehren, nicht aber Stygiae transvectionis causa zu errichten. Hierzu kommt die allgemeine Uebereinstimmung aller Ausgaben, und Handschriften der Pandecten, besonders die Auctorität der Basiliken Tom. II. pag. 144. welche auch τοῖς κληρονόμοις μου haben. Alles dies macht die Noodtische Emendation höchst verdächtig.

42) Commentar. ad §. 10. I. de mandato.

43) Diss. ad L. 57. D. mandati Cap. I. §. 17. in *Opusculis iurid.* a IUGLERO edit. pag. 251.

theidiger gefunden; allein **Johann Jensius**[44]) hat sie so gründlich widerlegt, daß wer diesen gelesen hat, unmöglich jener beystimmen wird. Was freylich der Noodtischen Meinung den meisten Anschein giebt, ist die *L. ult. D. de solution.* wo es heißt: Ei autem *cui iussi debitorem meum post mortem meam solvere*, non recte solvitur: *quia mandatum morte dissolvitur.* Es ist auch nicht zu läugnen, daß wenn **Paulus** das wirklich gesagt hat, was die Worte nach ihrer Fassung ausdrücken, die Noodtische Meinung dadurch eine gewiß nicht unbedeutende Stütze erhält. Sobald man indessen den Grund des Gesetzes mit dem darin entschiedenen Falle vergleicht, so ist es fast unmöglich zu glauben, daß **Paulus** von einem mandato post mortem mandantis demum exsequendo könne geredet haben. Denn wie kann man sagen, das Mandat erlösche durch den Tod des Mandanten, welches erst nach seinem Tode seine Existenz erhält, und welches nach dem ausdrücklich erklärten Willen desselben erst nach seinem Tode vollzogen werden soll? Schon **Cujaz**[45]) glaubte daher, daß der Mißverstand durch eine unrichtige Versetzung der Worte entstanden sey. Lieset man nämlich mit **Cujaz**: Ei autem, cui iussi debitorem meum solvere, *post mortem meam* non recte solvitur; so ist alles in Ordnung, und die Schwierigkeit ist gehoben. Es kommt nur darauf an, ob diese Emendation auch Auctorität für sich hat. Gerechtfertiget wäre sie zwar schon hinlänglich dadurch, weil ohne dieselbe nicht nur der Grund des

44) Ad Romani iuris Pandect. et Codicem stricturae. (*Lugd. Batavor. 1764. 4.*) pag 112 — 120.

45) Observation. Lib. I. cap. 38.

des Gesetzes ungereimt seyn, sondern auch Ulpian mit sich selbst, und dem Cajus in offenbaren Widerspruch gerathen würde. Allein sie hat auch wirklich die Auctoritát alter Handschriften für sich. Ludwig Roussard [46]) bezeugt in seiner Ausgabe der Pandecten, daß sein liber manuscriptus die Cujazianische Leseart bestärke. Sie hat auch, welches dem Fleiße des Cujaz entging, die Auctorität der Basiliken [47]) für sich. In der griechischen Uebersetzung lauten die Worte des Paulus auf folgende Art: ἐι δὲ ἐπιτρέψω τῷ χρέωσῃ μȣ καταβαλεῖν σοι, μετὰ θάνατόν μȣ ȣ̓ καλῶς διδῶσι. ἡ γὰρ ἐντολή τῇ τελευτῇ μȣ λύεται i. e. *Si autem iusserim debitorem meum solvere tibi, post mortem meam non recte solvit: nam mandatum morte mea solvitur* [48]). So steht nun dieser andere Theil der L. 108. D. de solut. mit dem oben unter den Beweisstellen excerpirten erstern Theile derselben in dem vollkommensten Zusammenhange. Denn da ist von einem solchen Auftrage die Rede, vermöge welchen sich der Mandatar von einem Dritten Etwas sollte versprechen lassen, was ihm nach dem Tode des Mandanten ausgezahlt werden sollte. Dieses Mandat wird für gültig erklärt, und der

46) Siehe dessen Note zu *L. ult. D. de solut.* in seiner Ausgabe *Lugduni 1560.* f.

47) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 5. Const. 108. pag. 171.

48) Fabrot hat diese Stelle, durch die unrichtige Leseart der lateinischen Pandecten irregeleitet, ganz unrichtig übersetzt: *Si vero iusserim debitori meo, ut tibi post mortem meam solveret, non recte solvit.* Das Komma, welches er nach den Worten μετὰ θάνατόν μου gesetzt hat, muß nothwendig vor diesen Worten stehen.

der Mandatar kann nicht nur die Zahlung nach dem Tode des Mandanten von dem Dritten erheben, sondern, wenn die Stipulation noch beym Leben des Mandanten geschehen wäre, so findet nicht einmal ein Wiederruf des Auftrags weiter Statt, und es kann selbst die Zahlung, sogar noch bey seinem Leben, auch wider seinen Willen geschehen, weil der Mandatar durch die Stipulation ein Recht erworben hat, welches ihm nicht wieder genommen werden kann [49]). Mit Unrecht scheinen mir daher **Franz Hotman** [50]), **Emund Merill** [51]), **Johann Jacob Wissenbach** [52]), **Franz Florens** [53]), und **Abrah. Wieling** [54]) die Cujacianische Emendation zu verwerffen. Ich kann ihnen daher um so weniger beystimmen, da der Unterschied, den sie zwischen mandatum, quod *in faciendo*, und mandatum, quod *in solvendo* consistit, machen, offenbar nicht hinreicht, um der Schwierigkeit abzuhelfen. Allein es ist noch eine andere viel grössere Schwierigkeit hier aufzulösen übrig, welche uns die *L. un. Cod. Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant* in den Weg legt. **Justinian** sagt nämlich darin: Cum stipulationes et *alios contractus post*

49) *L.* 106. *D. de solut.* S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXI. Th. 7.

50) Observation. Lib. XIII. cap. 38.

51) Variant. ex Cujacio Interpretation. Lib. III. cap. 29. et Differentiar. iuris cap. 22.

52) Exercitation. ad Pand. P. I. Disputat. XXXII. Th. 19.

53) Tract. ad Tit. Dig. et Cod. de solutionib. ad L. ult. D. h. t. in *Operib. iurid.* cura LORBER *a* STOERCHEN edit. Tom. II. pag. 455.

54) Lection. iuris civ. Lib II. cap. 11. §. 5.

post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recipimus [55]): consentaneum erat etiam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare: *ad heredibus enim incipere actiones, vel contra heredes, veteres non concedebant*, contemplatione stipulationem, caeterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam de medio tollere: *ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes*: ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur. Wenn es nach dem Inhalt dieses Gesetzes eine Regel des ältern Rechts war, daß keine Verbindlichkeit noch Klage bey den Erben ihren Anfang nehmen solle, die nicht schon dem Erblasser selbst oder gegen denselben zustand; wenn ferner erst Justinian diese alte Rechtsregel aufhob, wie konnte ein Mandat gelten, welches auf eine solche Art ertheilt worden, daß es erst nach dem Tode des Mandanten vollzogen werden solle? Hier fängt ja offenbar die Klage aus dem Mandat erst von den Erben an. Reinhard Bachov [56]) gerieth über diesen Scrupel, der ihm zuerst einfiel, und woran, wie er sagt, vorher niemand gedacht hatte, in eine solche Verlegenheit, daß er freymüthig bekennt, er wisse sich anders nicht zu helfen, als die Worte: *post mortem meam* für einen Zusatz des Tribonian zu erklären, und verleitet

55) Dieß geschahe durch die 3 Jahre vorher gegebene *L. 11. Cod. de contrah. stipulat.*

56) Notae et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXVII. Th. 6. Lit. C.

leitet dadurch auch den Johann Jacob Wissenbach, die *L.* 13. *D. h. t.* unter seine Emblemata Triboniani aufzunehmen. Allein hätte man doch nur den §. 13. *I. de inutilib. stipulat.* mit Aufmerksamkeit gelesen, wo sich Justinian auf jene Constitution bezieht, so würde man sich überzeugt haben, daß es gar nicht so gemeint gewesen, als ob vor Justinian alle Verträge, wodurch sich Jemand etwas von einem Andern auf den Todesfall versprechen ließ, ungültig gewesen wären, und daher gar keine Klage und Verbindlichkeit bey den Erben hätte ihren Anfang nehmen können [57]. Nein! Justinian sagt es ja deutlich genug, woran sich das Alterthum gestossen habe: *Post mortem suam* DARI SIBI *nemo stipulari poterat: non magis, quam post eius mortem, a quo stipulabatur.* — Sed et si quis ita stipuletur: *Pridie quam moriar*, vel *pridie quam morieris, dare spondes?* Das Alterthum hing sich hier an die Worte, und dann erschien freylich ein solches Versprechen als ungereimt und widersprechend. Denn was kann einer nach seinem Tode geben, oder sich geben lassen, wenn er nicht mehr ist? Wie konnte nach dieser strengen Auslegung einer solchen Stipulation eine Klage den Erben zustehen, oder gegen die Erben Statt finden, welche dem Erblasser selbst nicht zustand, und gegen ihn nicht Statt hatte? Dieß war es, was Justinian nach der mildern Denkungsart seines Zeitalters abzuändern für nöthig hielt. Aber wo steht dann nun, daß das Alterthum auch einen Auftrag verworffen habe, der

57) *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 12. §. ult. et L. 13. D. h. t. §. 3. et 4. pag. 604. hat dieses gegen Bachov vortreflich ausgeführt.

der erst nach dem Tode des Mandanten entweder zu seinem, oder zu eines Dritten Vortheil vollzogen werden sollte? Warum hätte also hier keine Klage bey den Erben ihren Anfang nehmen können? Nach dieser Ansicht ist es nun auch gar nicht nöthig, mit **Schulting**[58]), **Wieling**[59]) und **Pothier**[60]) in der Ausflucht Hülfe zu suchen, daß vielleicht res nicht mehr integra gewesen, weil **Ulpian** *L.* 12. §. *ult. h. t.* sagt: *maxime si iam quaedam ad faciendum paravit*, und überdem der Mandatar auch schon beym Leben des Mandanten zur Vollziehung des Auftrags einen Vorschuß habe fordern können.

3) Der Mandatar muß den Tod des Mandanten erfahren haben. Hat daher der Mandatar, ohne zu wissen und wissen zu können, daß der Mandant gestorben sey, den Auftrag noch nach dem Tode desselben vollzogen; so wird der Billigkeit wegen dennoch die actio mandati gestattet, damit weder der Mandatar noch der Dritte, mit welchem er das Geschäft schloß, in Schaden gesetzt werde. Hierüber sprechen folgende ganz entscheidende Gesetzstellen.

§ 10. *I. de mandato.* Sed *utilitatis causa*[61]) receptum est, si *eo mortuo*, qui tibi mandaverat, *tu ignorans*

58) Thesium controversar. Dec. LXI. Th. 8.

59) Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 11. §. 4.

60) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LXXVIII. not. e.

61) THEOPHILUS in Paraphras. graec. Institut. übersetzt diese Worte *διὰ τὸ φύσει δίκαιον*, i. e. *propter naturalem aequitatem.* Das Wort *utilitas* wird in dieser Bedeutung der stricta iuris ratio, dem strengen Recht, entgegengesetzt, wie sowohl aus den letztern Worten des §. 10. I. h. t. als aus L. 43. D. de relig. erhellet. S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. Utilitas.

rans eum decessisse, executus fueris mandatum: posse te agere *mandati actione*. Alioquin *iusta et probabilis ignorantia* tibi damnum adferret.

L. 26. pr. et §. 1. D. h. t. Mandatum solvitur *morte* (sc. mandatoris); si tamen *per ignorantiam* impletum est, *competere actionem utilitatis causa dicitur*. IULIANUS quoque scripsit, mandatoris morte solvi mandatum, *sed obligationem aliquando durare*. — §. 1. — Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret, et debitor, *mortuo eo*, cum id *ignoraret*, solverit, *liberari eum oportet*.

L. 77. §. 6. D. de legat. II. Maevio debitori suo reus stipulandi mandavit, ut Titio, cui mortis causa donabat, pecuniam debitam solveret; cum *sciens* dominum vita decessisse Maevius pecuniam dedisset, *non esse liberationem secutam constitit:* nec si Maevius solvendo non esset, in Titium actionem solidi vel iure Falcidiae dandam esse; *quia mortis causa caepisse non videtur* [62]. Diversum probandum foret, si Maevius, igno-

62) Ohne Grund tadelt hier Westphal in der syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1506. den Papinian. Da der Schuldner von seinem Gläubiger den Auftrag erhalten hatte, die schuldige Summe an den Titius zu bezahlen, dem sie als ein Geschenk von Todes wegen zugedacht war; so konnte ja der Schuldner, nachdem er den Tod seines Gläubigers erfahren hatte, nun an den Titius keine Zahlung mehr leisten, weil der Auftrag, der noch beym Leben des Gläubigers vollzogen werden sollte, mit seinem Tode erloschen war. Die Zahlung war also an einen solchen geschehen, welchem sie nicht hätte geschehen sollen, folglich konnte sie auch dem Schuldner keine Befreiung gewähren. Hierzu kommt, daß

ignorans dominum vita decessisse, pecuniam errore lapsus dedisset: tunc enim portio iure Falcidiae revocaretur.

L. 19. §. 3. *in fin. D. de donation.* Si mandavero tibi, ut pecuniam Titio des, cui donare volebam, et tu, *ignorans me mortuum*, hoc feceris: *habebis adversus heredes meos mandati actionem.* Si *sciens*, non habebis.

L. 58. *D. Mandati.* Si praecedente mandato Titium defenderas, quamvis *mortuo eo*, cum hoc *ignorares*: ego puto *mandati actionem* adversus heredem Titii competere; quia *mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur.*

Allein eine andere Frage ist, ob das von dem Bevollmächtigten aus Unwissenheit des erfolgten Todes des Mandanten geschlossene Geschäft an sich gültig sey, mithin auch dann, wenn nicht gerade von Abwendung eines Schadens die Rede ist, sondern die Aufrechterhaltung des geschlos-

daß die Schenkung von Todes wegen dadurch noch nicht mit dem Titius wirklich errichtet war, daß der Gläubiger seinem Schuldner den Auftrag gegeben hatte, die Schuld dem Titius als ein Geschenk von Todes wegen zu bezahlen. Titius hatte also auch nach dem Tode des Mandanten keinen Anspruch an das Geld. Denn eine Schenkung von Todes wegen erfordert die Acceptation des Donatars. *L.* 38. *D. de mortis causa donat.* Das Mandat konnte also um so weniger noch nach dem Tode des Gläubigers vollzogen werden, da gar kein Grund der Forderung, mithin auch keine causa solutionis vorhanden war. S. *Ant.* FABER, de Errorib. Pragmaticor. Dec. XLIII. Err. 3. und Dec. XLIV. Err. 2. *Iac.* CUJACIUS Lib. VIII. Responsor. Papiniani ad L. 77. §. 6. D. de legat. 2. in *Operib. postum*, Tom. I. pag. 336. edit. Fabroti. *Paris.* 1658. f. und *Ios.* FINESTRES Hermogenianus pag. 711.

geschlossenen Handels dem Dritten zum Vortheil gereichen würde, mit welchem der Mandatar aus Irrthum contrahirt hat, eine Klage gegen die Erben Statt finde? Die Rechtsgelehrten sind hierüber getheilter Meinung. Einige [63]) bejahen diese Frage, andere [64]) verneinen sie, und diese letztere Meinung verdient allerdings den Vorzug. Denn der Irrthum, sofern er rechtliche Entschuldigung verdient, kann mich zwar gegen einen Schaden schützen, in den ich sonst gerathen würde, aber er kann mir kein Recht geben. Wenn nun also der Bevollmächtigte aus Unwissenheit des erfolgten Todes des Mandanten den ihm ertheilten Auftrag vollzogen hat, so kann zwar der Mandatar unter seiner Unwissenheit nie leiden, es kann aber doch auch der Dritte, mit welchem der Mandatar aus Irrthum contrahirt hat, aus dem Geschäft zum Nachtheil der Erben des Mandanten keinen Vortheil ziehen. Gesetzt also, es hätte Jemand zum Einkauf gewisser Kostbarkeiten einem Andern den

63) WOLF Iur. natur. Tom. IV. §. 759. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. h. t. §. 10. HOFACKER Princip. iuris Rom. Germ. Tom. III. §. 2015. Dabelow Handbuch des heutigen Röm. deutsch. Privatrechts 2. B. §. 1291. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. nov. T. II. §. 1009. Buchner Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrags §. 118.

64) *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. II. Tract. IV. §. *Eo tamen casu* pag. 117. Ge. Lud. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 1. Abth. Resp. 126. Qu. 2. Nr. 16. ff. S. 255. ff. *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. P. I. Consil. VIII. nr. 9. p. 165. sq. und besonders Ernst Christ. Westphals rechtl. Abhandl. von der Gültigkeit einer Handlung, die ein Anwald in Vollmacht verrichtet, da der Principal schon vorher die Vollmacht widerrufen, oder gestorben, wovon jedoch der Anwald keine Wissenschaft erhalten. Halle 1784. 4.

den Auftrag gegeben. Dieser habe aus Unwissenheit des unterdessen erfolgten Todes des Gewaltgebers die committirten Sachen noch eingekauft, und das Geld dafür bezahlt. Hier kann ihm die Klage gegen die Erben des Mandanten nicht versagt werden, sofern er auf andere Art nicht entschädiget werden kann. Wäre aber der Kauf noch nicht vollzogen, so hat der Verkäufer keine Klage gegen die Erben, wofern er nicht einen besondern Schaden nachweisen kann, den er leiden würde, wenn der Kauf von den Erben nicht gehalten werden wollte. Diese Meinung wird noch mehr durch die Ausnahmen bestärkt, welche die Gesetze in gewissen Fällen machen, wo das Mandat durch den Tod des Gewaltgebers nicht erlischt. Dahin gehört, wenn der Auftrag die Bestellung eines Heyrathsguts, oder die Freylassung eines Sklaven betrift. In jenem Falle sagt Ulpian *L. 9. §. 1. D. de iure dotium*: Sed benignius est, *favore dotium*, necessitatem imponi *heredi* consentire ei, quod defunctus fecit; in dem leztern aber lehrt Julian *L. 4. pr. D. de manumiss. vindicta.* Si pater filio permiserit servum manumittere, et interim decesserit intestato, deinde filius *ignorans patrem suum mortuum*, libertatem imposuerit: libertas servo *favore libertatis* contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas. Endlich

4) das Mandat muß ein mandatum in rem alienam seyn, welches durch den Tod des Gewaltgebers erlöschen soll. Ist daher der Bevollmächtigte ein procurator in rem suam, so hört mit dem Tode des Gewaltgebers die causa nicht auf, von welcher die Gültigkeit des Auftrags abhängt. Es kann also auch das Mandat selbst nicht erlöschen.

löschen [65]). Man setze also, Jemand habe einem Andern eine gewiße Forderung an seinen Schuldner, es sey durch Kauf, oder Schenkung, abgetreten, und ihm deshalb eine Vollmacht gegeben, die Schuld einzuklagen; hört nun dieses Mandat mit dem Tode des Mandanten auf? Nein, wenn auch der Tod desselben erfolgt wäre, ehe noch der Mandatar die Klage gegen den Schuldner erhoben hatte. Es muß nur der Gewaltgeber nicht ohne Erben gestorben seyn, wenn die actio directa gegen den Schuldner Statt finden soll, sonst kann nur actione utili geklagt werden, welche nach dem neuern Recht jedem Cessionar auch im eigenen Namen zusteht. So ist nach Cujaz [66]) die *L.* 1. *Cod. de obligat. et action.* zu verstehen, wo der Kr. Gordian an eine gewiße Valeria auf folgende Art rescribirt: Data certae pecuniae quantitate ei, cuius meministi, in vicem debiti *actionem* tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse *mandatam:* et antequam eo nomine litem contestareris [67]), *sine herede* creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, *utilis actio* tibi competit. Die Valeria hatte für einen Schuldner dem Gläubiger desselben die Schuld bezahlt, und zwar in der Absicht, diese Forderung dadurch

65) S. *Ian.* a COSTA Commentar. ad §. 10. I. de mandato: ad verb. *Solvitur mandatum* pag. 455. sq.

66) Observation. Lib. II. cap. 31.

67) Hatte der Prokurator zur Zeit des erfolgten Todes des Mandanten schon litem contestirt, so war er nach den Grundsätzen des römischen Rechts dominus litis geworden, und konnte nun den Proceß, als solcher, ohnehin auch nach dem Tode seines Principals fortsetzen. *L.* 23. *Cod. de procuratorib.*

dadurch quasi pretii loco an sich kaufen. Der Gläubiger cedirte ihr auch seine Klage gegen den Schuldner durch ein Mandat. Er starb aber, ehe die Valeria die Klage noch angestellet hatte, und zwar ohne Erben. Es fragte sich also, ob der Auftrag erloschen sey? Hätte der Mandant Erben hinterlassen, so wäre die Frage ohne Bedenken zu verneinen gewesen. Denn da das Mandat von einer causa praecedens abhängt, nämlich dem über die Forderung des Gläubigers abgeschlossenen Kaufe, so konnte dasselbe durch den Tod des Gläubigers eben so wenig, als die causa erlöschen, von welcher die Gültigkeit dieses Mandats abhängt [68]). Die Valeria hätte also nach Willkühr entweder *actione directa* aus der Cession, oder auch *actione utili* im eigenen Namen klagen können. Allein der Mandant war ohne Erben gestorben. Hier war nun freilich das Mandant nach dem strengen Recht erloschen. Die Valeria konnte also jetzt nur noch actione utili klagen, als welche überhaupt jedem Käufer eines Forderung im eigenen Namen zusteht [69]).

Auf gleiche Weise ist nun auch in dem Fall, da der Mandatar stirbt, vorauszusetzen, daß er integro adhuc mandato gestorben sey, wenn der Auftrag mit seinem Tode erlöschen soll, das heißt, der Todesfall auf Seiten des Mandatars muß eingetreten seyn, ehe noch derselben aus Veranlassung des Mandats Unkosten gehabt, oder

Ver-

68) *L. 33. Cod. de donationib.*

69) *L. 2. Cod. de obligat. et action. L. ult. Cod. Quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convem. possit.*

Verbindlichkeiten auf sich genommen hat [70]). Denn war zur Zeit seines Todes res nicht mehr integra, so geht das Recht aus dem Mandat auf die Erben des Bevollmächtigten über, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 27. §. 3. *D. h. t.* *Morte* quoque eius, *cui mandatum est*, si is *integro adhuc mandato* decesserit, solvitur mandatum.

L. 14. *princ. D. eodem.* Heredem fideiussoris, si solverit, habere *mandati actionem*, dubium non est. Sed si vendiderit hereditatem, et emtor solverit, an habeat *mandati actionem*, quaeritur? Et JULIANUS libro 13. scribit, idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur *iudicio ex emto*, ut praestet actiones suas, idcirco competere *ex emto actionem*, quia potest praestare.

§. 1. *eiusd. L.* Si fideiussori duo heredes exstiterint, et alter eorum a coherede emerit hereditatem, deinde omne, quod defunctus fideiusserat, stipulatori solverit, habebit aut ex stipulatu, aut ex emto obligatum coheredem suum: idcirco is *mandati actionem* habebit.

Hatte also z. B. der Mandatar, dem Auftrage gemäß, für den Mandanten Bürgschaft geleistet, so war nun das übernommene Mandat zur Zeit seines Todes nicht mehr integrum. Denn er haftete jetzt, als Bürge, dem Gläubiger seines Mandanten für die Bezahlung der Schuld. Der Erbe kann also auch eben so gut, als es von seinem Erb-

70) S. *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. VII. cap. 14. pag. 567. seq. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 18.

Erblasser hätte geschehen können, Zahlung leisten, und die actio mandati ist ohne Zweifel begründet [71]. Allein wie, wenn der Erbe des Bürgen die Erbschaft seines Erblassers verkauft hätte, und der Käufer hätte den Gläubiger bezahlt, kann auch hier der Erbe des Bürgen noch gegen den Mandanten seines Erblassers klagen? Es scheint, der Erbe habe hier kein Interesse mehr, weil nicht er, sondern der Käufer die Schuld bezahlt hat; überdem hat er auf diesen einmal sein ganzes Recht übertragen; der Käufer ist also nun an seine Stelle getreten. Nam emtor hereditatis vicem heredis obtinet [72]. Allein der Verkäufer einer Erbschaft bleibt nichts desto weniger Erbe, wenn er auch die Erbschaft nicht mehr besitzt. Semel heres, semper heres manet [73]. Er kann folglich auch noch die actio mandati anstellen, weil er Erbe des Bürgen geworden ist, der sie selbst würde haben anstellen können. An seinem eigenen Interesse läßt sich nun aber auch nicht weiter zweifeln, weil er von dem Käufer der Erbschaft mit der actio emti belangt werden kann, daß er ihm die actio mandati cedire, um das wieder ersetzt zu bekommen, was er wegen des Mandats bezahlt hat [74]. Ein Gleiches findet Statt, wenn der Bürge zwey Erben hinterlassen hät-

 te,

71) *L. 47. D. de condict. indeb.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 13.

72) *L. 2. §. 18. D. de hered. vel act. vend.*

73) *L. 7. §. 10. in fin. D. de minorib. et L. 88. D. de heredib. restituend.*

74) *S. Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 14. pr. D. h. t. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LXXV. not. c. pag. 473.)

te, und der eine dem andern Miterben die Erbschaft abkauft, und dann die ganze Schuld bezahlt, wofür sich der Erblasser verbürgt hatte. Auch hier kann der Verkäufer noch immer die actio mandati anstellen. Anton Faber [75]) will zwar die letztern Worte: *ideirco is mandati actionem habebit*, von dem Käufer der Erbschaft verstehen; denn nur dieser könne, sagt er, die actio mandati auf das Ganze anstellen, theils wegen seines eigenen Erbtheils, theils wegen des ihm von dem Miterben cedirten Theils der Erbschaft. Der Verkäufer hingegen könne wegen seines Antheils nimmermehr auf das Ganze klagen. Allein da der Verkäufer verbunden ist, dem Käufer seines Erbtheils seine Klage zu cediren, so ist er eben so anzusehen, als ob er die Schuld selbst bezahlt hätte [76]).

Der Vollmachtscontract endiget sich ferner II) durch Widerruf, und zwar kann

1) der Gewaltgeber den Auftrag, so lange noch res integra ist, nach Gefallen zurücknehmen. Denn in der Bevollmächtigung liegt kein Grund der Verbindlichkeit, daß der Mandant das Geschäft schlechterdings durch den Bevollmächtigten, und keinen Andern, wolle besorgen lassen; sondern nur die Verpflichtung, den Bevollmächtigten zu entschädigen. Der Mandatar hat überdem kein weiteres Interesse dabey, den Auftrag zu vollziehen, den er blos aus Freundschaft und ohne Vergeltung übernahm [77]). Daher heißt es nun in dem §. 9. *I. de mandato:*

75) Rational. in Pand. ad L. 14. §. 1. D. h. t.

76) S. POTHIER Pand. Iustin. H. t. Nr. LXXV. not. b. pag. 474.

77) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 38.

dato: Recte quoque mandatum contractum, *si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit*, evanescit. Eben so sagt Ulpian *L.* 12. §. 16. *D. h. t.* Si mandavero exigendam pecuniam, deinde *voluntatem mutavero*, — cessare mandati actionem: *quia extinctum est mandatum, finita voluntate.* Geschahe jedoch der Widerruf zu einer Zeit, wo der Mandatar bereits Unkosten gehabt, oder Verbindlichkeiten auf sich genommen hatte, so erlischt zwar dennoch durch den Widerruf das Mandat, so daß der Mandatar in der Sache nun nichts mehr thun kann; allein die einmal begründete actio mandati contraria wird dadurch nicht aufgehoben [78]). Der Widerruf kann übrigens sowohl ausdrücklich, als auch stillschweigend geschehen. Ein stillschweigender Widerruf ist vorhanden, a) wenn der Mandant die Besorgung des nämlichen Geschäfts, welches er dem A. übertragen hatte, nachher dem B. aufträgt. Hierdurch ist die dem erstern Mandatar ertheilte Vollmacht stillschweigend aufgehoben [79]). Eben so b) wenn er das einem Andern aufgetragene Geschäft nachher selbst besorgt [80]). c) Wenn sich unterdessen die Umstände dergestalt geändert haben, daß nun die Vollziehung des Auftrags für den Mandanten in dieser veränderten Lage der Sachen kein weiteres Interesse haben kann, der Mandatar auch hiervon in Zeiten Nachricht erhalten

78) S. *Eguin.* BARO Comm. ad Tit. I. de mand. pag. 332. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 9. I. eodem. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium.* Exerc. XXII. Th. 17. not. *δ.*

79) *L.* 31. *in fin. D. de procurat.* *Cap. penult. X. eodem.*

80) *Cap.* 3. *Cod. h. t.*

halten hat [81]). Durch den Widerruf wird nun das Mandat dergestalt aufgehoben, daß alles, was der Mandatar nach diesem Widerrufe thut, wenn er gleich denselben noch nicht erfahren hatte, dennoch nach dem strengen Rechte als ungültig angesehen wird. Weil es jedoch sehr unbillig seyn würde, wenn der Mandatar wegen seiner verzeihlichen Unwissenheit, oder auch ein Dritter ohne seine Schuld durch den Widerruf Schaden leiden sollte, so wird nicht nur dem Mandatar der Billigkeit wegen die actio mandati contraria, eben so, wie in demjenigen Falle, gegeben, da derselbe aus einer verzeihlichen Unwissenheit des unterdessen erfolgten Todes des Mandanten den Auftrag vollzogen hat; sondern es ist auch das Geschäft in Ansehung des Dritten, mit welchem es aus Unwissenheit des erfolgten Widerrufs geschlossen ward, in sofern für gültig zu halten, als es blos darauf ankommt, sich dadurch einer Verbindlichkeit entlediget zu haben, von welcher er sonst nach dem strengen Recht, wegen es erfolgten Widerrufs, nicht befreiet seyn würde. Zur Bestärkung dieser Sätze dienen folgende Gesetzstellen.

L. 15. *D. h. t.* Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, *ne emeres*, tu, *antequam scias me vetuisse*, emisses, *mandati tibi obligatus ero*; ne damno adficiatur is, qui suscipit mandatum.

§. 10. *I. eodem.* Et huic simile est, quod placuit, si debitores *manumisso dispensatore* [82]) Titii, *per ignorantiam*

81) *Arg. L.* 41. *pr. D. de reb. cred.* §. 10. *in fin. I. h. t. L.* 38. *pr. D. de solut.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 17. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 38.

82) *Dispensator* hieß ein solcher Sklave, der die Geldgeschäfte seines

tiam liberto solverint, *liberari eos:* cum alioqui *stricta iuris ratione non possent liberari,* quia alii solvissent, quam cui solvere debuerunt.

L. 12. §. 2. *D. de solut.* Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, *deinde vetuerit eum accipere:* si *ignorans* prohibitum eum accipere, solvam, *liberabor.*

L. 34. §. 3. *D. eodem.* Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, *deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea:* debitores ei solvendo, *liberabuntur.* Nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

Daß aber das Geschäft, im Falle des noch vor Vollziehung desselben erfolgten, obwohl dem Mandatar unbekannt gebliebenen Widerrufs der Vollmacht, ungültig sey, insofern es nicht sowohl auf Abwendung eines Nachtheils, sondern blos auf einen Vortheil abgesehen ist, welchen ein Dritter daraus zu ziehen sucht, lehren folgende Gesetzstellen ganz augenscheinlich.

L. 4. *pr. D. de manumissis vindicta.* Sin autem *ignorante filio* vetuisset pater per nuncium, et *antequam filius certior fieret*, servum manumisisset: *liber non fit.* Nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem: nam si muta-

seines Herrn besorgte, und die Gelder für seinen Herrn erhob, auch sie wieder verzinslich ausliehe. S. THEOPHILUS in Paraphr. graec. Inst. ad h. §. Die Freylassung eines solchen Sklaven war als ein stillschweigender Widerruf des ihm aufgetragenen Geschäfts anzusehen. S. VINNIUS ad §. 10. I. h. t. nr. 5.

mutata fuerit, non erit verum, *volente patre* filium manumisisse.

Cap. 9. *X. de procurator, in 6to.* Procurator non alter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. — Sane si procurator, *antequam contraxerit*, a domino fuerit *revocatus*, contractum postmodum *matrimonium* ab eodem, (licet tam ipse, quam ea, cum qua contraxerit, revocationem huiusmodi penitus ignorarent) *nullius momenti exsistit*.

L. 41. *D. de rebus creditis*. Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, *deinde, mortuo me, ignorans dederis, accipientis non facies*. Neque enim sicut illud receptum est, *ut debitores solventes ei liberentur*, ita hoc quoque receptum, *ut credendo nummos alienaret*.

L. 25. §. 14. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* Sed si posteaquam iussit, *poenitentiam egit*, prius quam adiret, *nihil agit adeundo*.

Dieser klaren Gesetzstellen ungeachtet ist dennoch Leyser [83]) der entgegengesetzten Meinung. Er stellt den Grundsatz auf, daß der Widerruf des Auftrags, so lang er nicht zur Wissenschaft des Mandatars gekommen ist, von keiner Wirkung sey. Er beruft sich deshalb auf Strycks [84]) Auctorität, und glaubt seine Meinung sey durch *L.* 26. §. 1. *D. Mandati.* *L.* 17. *D. de officio praesidis* und *cap.* 33. *X. de rescript.* so vollkommen begründet, daß man die

83) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXX. medit. 4.

84) Us. mod. Pand. h. t. §. 7.

die für unsere Meinung angeführten Gesetzstellen nur als Ausnahmen von der Regel anzusehen habe. Allein daß alle die von **Leyser** angeführten Gesetze die gegenwärtige Streitfrage gar nicht berühren, ist schon von **Wernher** [85]) und **Westphal** [86]) so einleuchtend gezeigt worden, daß es Zeitverlust seyn würde, hierbey länger zu verweilen. Der in den der leyserschen Meinung entgegen streitenden Stellen angeführte allgemeine Entscheidungsgrund beweißt auch hinlänglich, daß von keiner Ausnahme daselbst die Rede seyn könne [87]). Es giebt übrigens auch Fälle, wo der Gewaltgeber das Mandat nicht mehr gültig widerrufen kann. Dahin gehört a) der Fall, wenn der Mandant dem Mandatar eine Schuldforderung abgetreten, und ihn in Rücksicht der Beytreibung derselben zum procurator in rem suam gemacht hat [88]). Solange jedoch der Mandatar dem Schuldner weder die Cession angekündiget, noch einen Theil der Schuld abschläglich von ihm erhalten, noch auch ihn belangt, und litem contestirt hat, kann zwar der Mandant, weil er nach der Strenge des Rechts Eigenthümer der abgetretenen Klage bleibt, selbst auch noch nach der Cession gegen den Schuldner klagen, so wie auch

85) Lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 26. pag. 616. sqq.

86) Rechtl. Abhandl. von der Gültigkeit einer von einem Anwald nach dem Widerruf der Vollmacht oder erfolgten Tode des Principals aus Unwissenheit verrichteten Handlung. §. 10—16.

87) Man vergleiche noch WERNHER Select. Observat. forens. Tom. II. P. VIII Obs. 488. nr. 2. und MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum*. Tom. II. Fasc. I. Obs. 375.

88) *L. 25. in fin.* *L. 55. D. de procurator.* VOET Comm. h. t. §. 17.

auch der Schuldner bis dahin noch dem Cedenten gültig Zahlung leisten kann [89]: es muß aber doch der Mandant das, was er auf diese Art von dem Schuldner einzog, dem Mandatar erstatten [90]. Denn das einmal abgetretene Recht kann der Mandant dem Mandatar nicht wieder nehmen, noch durch Widerruf vereiteln [91]. Daher kann auch hier der Mandatar, ohne Cession, nach der Verordnung des Kaisers Antoninus Pius sogar in eigenem Namen eine actio utilis anstellen [92], woraus denn von selbst folgt, daß wenn beyde der Mandant und Mandatar bey der Anstellung der Klage concurriren, der letztere den Vorzug vor dem erstern hat [93]. b) Wenn der Auftrag eine gerichtliche Vollmacht zur Führung eines Prozeßes betrift. Ein solches Mandat kann nach dem Römischen Recht, wenn einmal lis contestirt worden ist, ohne hinreichende Gründe vom Mandanten nicht widerrufen werden [94]. Da jedoch dieses unstreitig eine Folge des

89) *L. 3. Cod. h. t. L. 3. Cod. de novation.* Man sehe hier vorzüglich *Hug.* DONELLUS in Comment. ad L. 3. Cod. h. t. pag. 271. sqq.

90) L. 23. §. 1. *D. de hered. vel act. vend.* S. *Jos.* FINESTRES Hermogenianus. pag. 462. sq.

91) *L. 13. §. 1. D. de pactis.*

92) *L. 16. pr. D. de pact. L. 7. L. 8. Cod. de heredit. vel. act. vendit.* S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. Tit. de hered. vel. act. vend. §. ult.

93) *L. 55. D. de procurator.* BACHOVIUS Tr. de actionibus Disp. IV. §. 3. und VOET Comment. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 4. §. 15.

94) *L. 17. sqq. L. 25. D. de procurator. Cap. 13. X. de procurator. Cap. 2. eod. in 6to.* VOET Comm. ad Pand. Lib. III. Tit. III. §. 23.

des dominii litis ist, welches nach dem Römischen, und selbst auch nach dem Kanonischen Rechte der Procurator durch die Litiscontestation erwirbt, dieses aber heut zu Tage bey den gerichtlichen Procuratoren nicht mehr Statt findet; so kann von dieser Ausnahme jetzt kein Gebrauch mehr gemacht werden [95].

2) Auch der Mandatar kann den Auftrag zurückgeben, so lange noch res integra ist [96]. Diese Renunciation steht also dem Bevollmächtigten so lange frey, als der Gewaltgeber das Geschäft entweder selbst verrichten, oder noch durch einen Andern besorgen lassen kann, und also die Aufkündigung dem Mandanten zu keinem Nachtheil gereicht. Ist die Aufkündigung zur Unzeit geschehen, so haftet der Mandatar dem Gewaltgeber wegen des ihm dadurch zugefügten Schadens, wofern er nicht etwa rechtmäßige Ursachen zu seiner Entschuldigung anzuführen vermöchte.

§. 11. *l. h. t.* Mandatum non suscipere, cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut *quamprimum renunciandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exsequatur.* Nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi: nihilominus *mandati actio* locum habet; nisi *iusta causa intercesserit*, aut non renunciandi, aut intempestive renunciandi.

L. 22.

95) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 52. Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 25.

96) *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. Cap. 12. §. *Evenit.* p. 28. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Non minus.* pag. 374. und besonders *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano. p. 444—449.

L. 22. §. 11. *D.* *eodem.* Sicut autem liberum est, mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renunciatum sit. *Renunciari* autem ita potest, *ut integrum ius*. [97]) *mandatore reservetur, vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi:* aut si [98]) redundet in eum captio [99]), qui suscepit mandatum.

97) *Ius* heißt hier soviel als potestas, Möglichkeit. Die *Basilica* Tom. II. pag. 146. drücken es durch δυνάται aus.

98) Statt *aut si* lieset Cod. Erlang. aut si NON. Eben so Bauboza. Dieses hält auch IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 121. für die wahre Leseart. Der vollkommene Sinn ist also nach der Erklärung des Jensius der: *aut si non* sc. integrum iam id sit mandatori. Hiermit stimmt Herr OHG. Ass. HAUBOLD in Disp. de Fabio Mela ICto, eiusq. fragmentis §. 11. überein, welcher diese Stelle so ergänzt: *aut si iusto tempore non renunciaverit.* Die Glosse hat auch diese Stelle anders nicht verstanden.

99) *Captio* ist hier soviel als damnum oder detrimentum. IENSIUS c. l. erklärt diese Worte so: *ut redundet in eum restitutio damni, quod passus est mandator ob susceptum mandatum non peractum.* HAUBOLD stimmt auch damit überein, wenn er sagt: *omne damnum et detrimentum ipsi imputabitur.* Diese Erklärung wird besonders durch die nachfolgenden Worte bestärkt, und so steht nun alles in genauem Zusammenhange. Abweichend ist jedoch die Erklärung des POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. Nr. LXXX. not. g. pag. 474. Er sagt: *Hic alter casus est, quo mandatarius non tenetur exequi mandatum, quod suscepit; scilicet si quid ex improviso supervenit, propter quod non sine magna sua captione, id est, sine magno incommodo illud exequi non possit; puta, adversa valetudo, necessaria peregrinatio,* etc. Durch diese Erklärung wird denn freylich die florentinische Leseart erhalten, wenn man sich vielleicht ein Gewissen daraus macht, davon abzugehen.

tum. Et quidem si is, cui mandatum est, ut aliquid mercaretur, mercatus non sit, neque renunciaverit, se non emturum, idque sua non alterius culpa fecerit; *mandati actione* teneri eum convenit. Hoc amplius tenebitur (sicuti *Mela* quoque scripsit) si eo tempore per fraudem renunciaverit, cum iam *recte* [100]) emere non posset.

Sieht der Mandatar nach der Uebernahme des Auftrags, daß er das Mandat aus irgend einer Ursache nicht vollziehen kann, so muß er dieses dem Mandanten, sobald er kann, anzeigen, damit derselbe das Mandat, wenn er will, einem Andern übertragen könne. Unterläßt er dieses, oder die Aussagung ist zu spät geschehen, so muß er dem Mandanten allen ihm daraus entstehenden Schaden ersetzen, es wäre denn, daß er die unterlassene oder zu spät geschehene Aufkündigung durch gültige Gründe entschuldigen könnte.

L. 27. §. 2. *D. h. t.* Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non potest: alioquin, quanti mandatoris intersit, damnabitur. Si vero intelligit, explere se id officium non posse, *id ipsum, eum primum poterit, debet mandatori nunciare*: ut is, si velit, alterius opera utatur. Quod si cum possit nunciare, cessaverit, *quanti mandatoris intersit*, tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nunciare, securus erit.

Solche

100) *Recte emere* heißt hier einen vortheilhaften z. B. wohlfeilen Kauf schließen; so wie man sagt: *male emere*, etwas theuer kaufen. CICERO *ad Quint. Fratr.* Lib. I. Ep. 1. S. Schellers Wörterbuch Voc. Recte.

Solche rechtmäßige Entschuldigungsgründe sind Krankheit, entstandene Feindschaft zwischen dem Mandanten und dem Mandatar, nothwendige Reise, vergebliche Klage wegen der Insolvenz des Schuldners, oder einer peremtorischen Einrede desselben, oder auch vergebliche Regreßklage gegen den Mandanten wegen zufälliger Verarmung desselben, wenn das Mandat dahin ging, für ihn einem Dritten Zahlung zu leisten, und dergleichen mehr.

L. 23. 24. *et* 25. *D. h. t.* Sane si valetudinis adversae vel capitalium inimicitiarum, seu *ob inanes rei actiones* [1]), seu ob aliam iustam causam excusationes alleget, audiendus est.

PAU-

1) Haloanda liefet hier *immanes.* Auch muß Accursius so gelesen haben, wie sich aus der Glosse giebt. Allein diese Leseart giebt keinen richtigen Sinn. *Inanes rei actiones*, sagt vielmehr FINESTRES in Hermogeniano ad h. L. §. 8. pag 448. sunt, quas vel inopia vel exceptio debitoris excludit. *L.* 6. *D. de dolo malo.* *L.* 117. *D de reg. iur.* Ideoque si mandatarius non convenerit reum, qui ob summam inopiam iudicato facere satis non poterat, iustam excusationem habebit omissae executionis mandati, quod si impleviffet, inutilibus sumtibus onerasset mandatorem, cuius periculo ac damno illos fecisset mandatarius. *L.* 51. *D. de peculio.* *L.* 1. *C. h. t.* Tuebitur etiam *causa inopiae mandatoris* eum, qui post mandatum susceptum de solvendo, rescivit, se ab eodem recuperare propter nimiam egestatem non posse, quod illius creditori de suo forte solvisset: neque enim officium gratuito et ex amicitia alteri praestitum, damnosum ipsi esse debet exhibenti. *L.* 61. §. 5. *D. de furt.* *L.* 3. §. *ult. D. de testib.* POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LXXX. not. h. erklärt die Worte *inanes rei actiones* eben so: id est, sagt er, quia mandatore in paupertatem delapso, mandatarius inanes actiones haberet ad repetendas ab eo impensas, quas fecerat.

PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 15. pr. [*]).
Ob subitam valetudinem, ob necessariam peregrinationem, ob inimicitiam, et *inanes rei actiones* [3]), aut integra adhuc causa [4]), mandati negotio renunciari potest.

Uebrigens bemerkt Strube [5]) nicht ohne Grund, daß die Verjährung der actio mandati, mit welcher der Mandant seinen Schaden gegen den Mandatar verfolgt, erst von der Zeit zu laufen anfange, wo sich der Schaden zeigte, welcher aus der Versäumniß des Mandatars entstanden ist.

§. 960.

Unterschied zwischen einem Mandat, und einem bloßen Rathe oder einer Empfehlung.

Es ist nun noch zuletzt zu zeigen übrig, wie sich das Mandat von einem bloßen Rathe, und einer bloßen Empfehlung unterscheide [6]).

I) Ei-

2) In *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejustin. pag. 289.

3) RITTERSHUSIUS ad *Paulum* c. l. macht bey *inanes rei actiones* die Bemerkung: ob debitoris inopiam, ut in *L.* 6. *D. de dolo malo.* Idem vero erit, si quavis alia ratione actio perierit.

4) Die gemeine Leseart ist zwar *integra adhuc causa.* Allein da diese Worte in Verbindung mit den vorhergehenden einen offenbar falschen Sinn enthalten, so hat *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *Non minus* pag. 374. dem ich gefolgt bin, die Stelle dadurch emendirt, daß er das Wort AUT noch beyfügt. Rittershausen hingegen behauptet, daß diese Worte sich vielleicht aus einer unrichtigen Erklärung des Anians in den Text können eingeschlichen haben. Ihm stimmt auch FINESTRES c. l. §. 5. pag. 446. bey.

5) Rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 203.

6) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Commentat. de consiliis eorumque iure.

I). Einen Rath gebe ich, wenn ich dem Andern zu erkennen gebe, was ich für ihn, und in seiner Lage für das zuträglichste halte, und ich selbst thun würde, wenn ich an seiner Stelle wäre. Der Rath betrift also 1) die eigenen Angelegenheiten desjenigen, welchem der Rath ertheilt wird. Der Rathgeber hat dabey kein weiteres Interesse. Allein ein Mandat gebe ich zu meinem, oder zu meinem und des Bevollmächtigten, oder zu eines Dritten Vortheil. Ein bloßer Rath bewirkt daher auch 2) an und für sich kein rechtliches Verhältniß; weder der Rathempfänger ist verbunden, den ihm ertheilten Rath zu befolgen, noch der Rathgeber schuldig, denselben zu entschädigen, wenn der befolgte Rath nicht den erwünschten Erfolg gehabt hat. Ein Mandat hingegen erzeugt Rechte und Verbindlichkeiten. So lehrt Justinian §. 6. *I. h. t.* *Tua gratia* intervenit mandatum: veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emtiones potius praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces. Cuius generis mandatum magis *consilium*, quam mandatum est, et ob id non est obligatorium, *quia nemo ex consilio obligatur*, etiamsi non expediat ei, cui dabitur: cum liberum cuique sit, apud se explorare, an expediat consilium. Es wird jedoch vorausgesetzt, a) daß der Rathgebende sich keiner bösen Absicht zu schaden schuldig gemacht habe, sonst hat gegen ihn die actio doli

iure *Tubingae 1654.* *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de commendatione. *Tub. 1669.* *Nic. Christph.* LYNCKER Diss. de commendatione speciali. *Ienae 1663.* *Casp. Achat.* BECK Diss. de eo, quod iustum est circa commendationem. *Ienae 1716.*

doll Statt. Consilii non fraudulenti nulla est obligatio, sagt Ulpian *L.* 47. *pr. D. de div. reg. iuris:* caeterum si dolus et calliditas intercessit, *de dolo actio* competit [7]. b) Er muß sich auch nicht etwa besonders verpflichtet haben, für den guten Ausgang des Raths zu stehen. Denn ist hierdurch der Andere wirklich bewogen worden, Etwas zu thun, was er sonst nicht gethan haben würde, so wird ein solcher Rath einem Mandate gleichgeachtet, und die *actio mandati* ist begründet, wenn gleich der Rathgebende kein weiteres Interesse dabey haben sollte. Si non esses facturus, sagt Ulpian *L.* 6. §. 4. *D. h. t.* nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit *mandati actio.* Es ist zwar hier von einem Rathe eigentlich nicht die Rede, sondern von einem Mandate, allein von einem solchen, welches den Mandanten gar nicht weiter interessirt, und also die rechtlichen Folgen eines Mandats nicht mit sich führt. Insofern nun aber ein solches Mandat dem Rathe gleichgeachtet wird, ist diese Stelle allerdings hier anzuwenden, wie Herr Hofr. Thibaut [8]) ausführlich gezeigt hat. Ausserdem wird ein Rath auch noch c) in dem Falle für verbindlich gehalten, wenn sich Jemand für einen Kunstverständigen ausgiebt, und einem der Sache Unkundigen einen schlechten Rath giebt [9]). Allein hier liegt entwe-

7) S. WERNHER Lectissim. commentat. in Pand. h. t. §. 9. et 10.

8) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 8. Abh. S. 131. ff.

9) S. LAUTERBACH Comm. de consiliis P. II. Cap. 1. Th. 6. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 2016. lit. D. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 919.

entweder Arglist oder eine derselben nahe kommende Culpa zum Grunde, welche den Rathgeber verantwortlich macht [10]).

II. Auf gleiche Weise erzeugt auch eine bloße Empfehlung, (*commendatio*) wodurch ich dem Andern die guten Eigenschaften einer Person oder Sache rühme, in der Absicht, ihn dadurch zu Etwas zu bestimmen, keine Verbindlichkeit.

L. 12. §. 12. *D. h. t.* Cum quidam talem epistolam scripsisset amico suo: *Rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum,* non obligabitur mandati; quia *commendandi* magis *hominis*, quam *mandandi causa* scripta est.

L. 43. *pr. D. de contrah. emt.* Ea, quae *commendandi causa* in venditionibus dicuntur, si palam appareant, *venditorem non obligant:* veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam.

L. 2. *D. de proxenetic.* Si proxeneta intervenit faciendi nominis [11]) ut multi solent: videamus, an possit *quasi mandator* teneri? et *non puto teneri*: quia hic *monstrat* magis nomen, quam *mandat, tametsi laudet nomen.*

Es können jedoch auch hier besondere Rechtsgründe eintreten, welche den Empfehlenden verbindlich machen. Dahin gehört

a) wenn

10) *L.* 9. §. 5. *D. Locati.* *L.* 8. §. 1. *D. ad L. Aquil.* *L.* 132. *D. de Reg. iuris.*

11) sc. causa. Es ist dieses ein Gräcismus, den auch *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. II. c. 1. pag. 99. bemerkt hat. Vergleiche auch *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 11. §. 4.

a) wenn er wissentlich und in arglistiger Absicht etwas Schlechtes empfohlen hat [12]).

L. 7. §. 10. *D. de dolo malo.* Idem *Pomponius* refert, Caecidianum Praetorem non dedisse *de dolo actionem* adversus eum, qui adfirmaverat, *idoneum esse eum,* cui mutua pecunia dabatur; quod verum est, nam nisi *ex magna et evidenti calliditate*, non debet *de dolo actio* dari.

L. 8. *D. eodem.* Quod si, cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi, idoneum esse: merito adversus te, *cum mei decipiendi gratia alium falsa laudasti*, de dolo iudicium dandum est.

2) Wenn jemand von Amtswegen, oder vermöge gesetzlicher Verordnung für seine Empfehlung zu stehen verbunden ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn Jemand der Obrigkeit eine Person zum Vormund vorschlägt, und behauptet, daß sie tüchtig sey; hier muß er auch dafür haften [13]).

c) Wenn der Empfehlende sich zum Schadensersatz verpflichtet, und dadurch den Andern hauptsächlich bewogen hat, ein Geschäft einzugehen, was er sonst nicht geschlossen haben würde. Z. B. es empfiehlt Jemand einen als einen sichern Mann, den man ohne Gefahr cre-

 ditiren

12) S. BECK Diff. cit. §. 13—24.

13) *L.* 4. §. *fin. D. de fideiussor. et nominatorib.* *L.* 1. *et* 2. *Cod. de periculo nominator.* *L.* 2. *et* 8. *Cod. de susceptorib.* S. FROMNANN Diss. de commendatione. §. 31. und BECK Diss. de eo, quod iust. est circa commendat. §. 32.

ditiren könne, und verspricht zugleich dafür zu stehen, daß der Gläubiger sein Geld wieder bekommen solle [14]).

d) Viele [15]) behaupten auch, daß unter Kaufleuten eine bloße Empfehlung so gut wie eine Bürgschaft sey. Allein andere [16]) bezweifeln mit Recht die Allgemeinheit einer solchen Observanz um so mehr, je weniger in der Natur und Beschaffenheit des Handels Gründe für diese Meinung liegen. Es schließt auch die Empfehlung selbst in den Fällen, wo sie die Kraft einer Intercession hat, die Rechtswohlthat der Ordnung nicht aus [17]).

14) S. WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 372. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 175. und *Nic. Christph.* LYNCKER Disp. de commendatione speciali. *Ien. 1693.* Cap. IV. Th. 4. sqq.

15) MARQUARD de iure mercaturae Lib. II. cap. 11. nr. 69. CARPZOV Iurisprud. for. P. II Const. XVIII. Def. 24. nr. 7. 8. 9. LAUTERBACH Diss. de iure in curia mercatorum usitato. §. 172. FROMMANN Diss. de commendatione §. 66. und BECK cit. Diss. eiusd. arg. §. 80.

16) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. WERNHER Lectiss. commentation. in Pand. h. t. §. 11. und besonders Ernst Ferd. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 3. B. Nr. XV. S. 222. ff.

17) S. WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 495.

Lib. XVII.

Lib. XVII. Tit. II.

Pro Socio.

§. 961.

Begriff des Societätscontracts.

Das Wort *Societas*, Gesellschaft, hat verschiedene Bedeutungen. 1) Im Allgemeinen wird darunter die Vereinigung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zwecks verstanden. 2) In einem engern Sinn wird *Societas* derjenige Vertrag genannt, wodurch eine gewiße Gemeinschaft errichtet wird. Man unterscheide also Gesellschaft und Gemeinschaft. Letztere, von welcher der Begrif schon an einem andern Orte [18]) gegeben worden ist, kann auch ohne Vertrag entstehen, dergleichen Gemeinschaft *communio incidens* genennt wird [19]). Es ist aber auch nicht jede Gesellschaft mit einer Gemeinschaft verbunden [20]). Eine solche Gesellschaft kann von verschiedener Art seyn.

a) In Ansehung ihres Zwecks ist sie entweder eine solche, welche um eines gemeinschaftlichen Gewinnes willen einge-

18) S. den 10. Th. dieses Commentars §. 714.

19) *L.* 31. *et* 32. *D. h. t.*

20) S. *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. II. Tract. III. §. *Socius ergo* sqq. pag. 106. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 326.

eingegangen worden, oder sie hat einen andern Zweck. In jenem Falle wird sie eine *societas quaestuaria* oder *negotiatoria*, eine Mascopey, oder Compagnie-Handlung, Gewerbs-Gemeinschaft; in diesem aber *societas non quaestuaria* genennt. Z. B. zwey Gelehrte halten sich ihrer Gesundheit wegen gemeinschaftlich ein Pferd.

b) In Ansehung ihrer Gegenstände, als Mittel zum Zweck, kann sie entweder eine *societas operarum*, wenn gemeinschaftliche Arbeiten, oder *societas rerum*, wenn gemeinschaftliche Beyträge von Sachen, oder eine *societas rerum* und *operarum* zugleich seyn, wenn beyde vereint Mittel zum Zweck sind.

c) In Ansehung der Wirkung ist sie entweder eine societas *quoad usum tantum*, oder *quoad ipsam sortem* contracta, je nachdem die Beyträge von Sachen entweder bloß dem Gebrauche nach, oder auch selbst dem Eigenthume nach gemeinschaftlich sind.

3) In der eigentlichsten Bedeutung versteht man unter *Societas*, den Gesellschaftscontract, das ist, denjenigen Consensualcontract, wodurch mehrere Personen sich gegenseitig verpflichten, Sachen und Güter, oder Arbeiten, oder beydes zugleich zum Zweck eines erlaubten gemeinschaftlichen Gewinnes vereinigen zu wollen [21]). Wir bemerken hierbey noch Folgendes.

I. Der

21) S. *Franc.* DUARENUS Comm. ad h. Tit. (in *Operib.* pag. 1014. sqq.) *Gabr.* MUDAEUS Comm. ad eund. Tit. (in *Commentar. de contractibus. Francof.* 1586.) *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. II. Tract. III. de societate. (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 103. sqq.) *Io.* GOEDDAEUS de contractu societatis

I. Der Zweck des Gesellschafts-Contracts oder einer Societät im eigentlichen Sinn ist immer ein gemeinschaftlicher Gewinn, nicht blos ein gemeinschaftlicher Gebrauch oder Vortheil [22]). Wenn also zwey sich zu ihrem gemeinschaftlichen Gebrauche und Nutzen ein Pferd zusammen kaufen, ohne damit einen weitern Gewinn zu machen, so sagt man wohl, sie haben das Pferd in Gemeinschaft, allein man nennt dieses keine eigentliche Societät [23]). Wenn ich ferner Jemandem eine Sache in der Absicht gebe, um sie mir für einen bestimmten Preis zu verkaufen, könne er aber mehr dafür bekommen, so solle der Gewinn ihm gehören, so ist dies keine Societät, sondern ein unbenannter Contract, den man den Trödelcontract nennt. Wäre hingegen verabredet worden, daß der Gewinn getheilt werden solle, so ist das Geschäft eine wahre Societät, in welcher der Eine eine gewiße Sache giebt, der andere Dienste leistet, und zwar um eines gemeinschaftlichen Gewinnes willen [24]). Daß auch der Verlust gemeinschaft-

tatis. *Marb.* 1603. *Frid.* GERDES Tr. de societate. *Gryphisw.* 1667. (in *Opp.* Tom. I. pag. 874. sqq.) *Huld. ab* EYBEN Diss. de societate et mandato (in EIUS *Scriptis Argent.* 1708. pag. 155. sqq.) *Io. Henr.* FELIZ Dispp. I. et II. de societate. *Argent.* 1705. et 1711. *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de natura et effectu societatis. *Erf.* 1732. und *Io. Rud.* ENGAU Diss. de societate mercatoria. *Ienae* 1747.

22) §. 2. *I. de societate.* *L.* 7. *L.* 8. *L.* 29. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* S. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 15. §. *Nondum satis.* pap. 652. sq.

23) *L.* 31. *D. h. t.*

24) *L.* 44. *D. eodem.* S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. nr. IV. not. a.

schaftlich seyn müsse, wie Huber [25]) und Noodt [26]) behaupten wollen, gehört nicht zur wesentlichen Bestimmung des Begriffs, sondern ist nur eine natürliche Eigenschaft des Societäts-Contracts, welche durch Vertrag abgeändert werden kann [27]).

II. Es muß ein erlaubter Gewinn seyn, den die Gesellschafter mit einander erwerben wollen. Keine Gesellschaft kann daher bestehen, welche einen unerlaubten Gewinn zum Zweck hat. *L.* 70. §. *ult. D. de fideiussor.* sagt: Flagitiosae rei societas coita nullam vim habet. Eben so heißt es in der *L.* 57. *D. h. t.* Nec praetermittendum esse, *Pomponius* ait, ita demum hoc verum esse, si honestae et licitae rei societas coita sit; caeterum si maleficii societas coita sit, constat, nullam esse societatem. Generaliter enim traditur, *rerum inhonestarum nullam esse societatem.* So wenig daher in einem solchen Falle der eine von dem andern Theilnahme an dem schändlichen Gewinn verlangen kann, eben so wenig kann auch derjenige, welcher deshalb zur Strafe verurtheilt worden ist, von dem andern Theilnahme an diesem Schaden fordern [28]).

III. Jeder socius muß Etwas zur Gesellschaft conferiren, es besteht in Sachen, oder Diensten oder beyden zu-

25) Praelect. ad Institut Lib. III. Tit. 26. §. 1.

26) Commentar. ad Dig. h. t. §. 1.

27) *L.* 29. §. 1. *L.* 30. *D. h. t.* S. DONELLUS c. l. §. *Sed cur.*

28) *L.* 1. §. 14. *D. de tutelae et rat. distrah.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

zugleich [29]). Ohne Beytrag, und um einer bloßen Schenkung willen, wird keine Societät errichtet [30]).

IV. Der Societätscontract gründet sich auf wechselseitiges Zutrauen. Daher werden die socii unter sich wie Brüder angesehen [31]); und jeder Betrug macht die Gesellschaft nichtig [32]).

§. 962.

Verschiedene Eintheilungen der Societät.

Ist die Gesellschaft mit einer Gemeinschaft der Güter verbunden, so kann sie entweder eine allgemeine oder eine besondere seyn. Erstreckt sich nämlich die Gesellschaft auf das ganze, sowohl gegenwärtige als künftige Vermögen der Gesellschafter, so daß das Vermögen aller auch der Substanz nach gemeinschaftlich ist, es werde durch Fleiß oder Glücksereignisse und Erbschaften erworben, so wird sie eine allgemeine Gesellschaft (*Societas universalis*, *societas omnium bonorum* [33]), *societas universarum fortunarum* [34]) genennt [35]). Eine Gesellschaft hingegen, wodurch nicht das ganze Vermögen der Interessenten in Gemeinschaft gebracht wird, heißt eine particuläre oder beson-

29) *L.* 1. *Cod. pro Socio.*

30) *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* *L.* 35. §. 5. *D. de mort. caus. donat.* *L.* 16. §. 1. *D. de minorib.*

31) *L.* 63. *pr. D. h. t.* Societas ius quodammodo fraternitatis in se habet.

32) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.*

33) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* *L.* 3. §. 1. *D. eod.*

34) *L.* 73. *D. h. t.*

35) S. *Pet.* MÜLLER Diss. de societate universali. *Ienae* 1691.

besondere Gesellschaft. Sieht man blos auf den Erwerb, so geht die Gesellschaft entweder auf eine Gemeinschaft alles dessen, was die Gesellschafter durch ihren Fleiß und Arbeit erwerben, oder sie betrift bloß einen gewissen Handelszweig, oder ein einzelnes Geschäft. In dem erstern Falle wird eine solche Gesellschaft eine *societas generalis*, in dem letztern aber eine *societas specialis* genennt. Z. B. Zwey haben mit einander einen Vieh- oder Getraide- oder Wollen-Handel, oder in Rücksicht auf den Ertrag eines Bergwerks eine Gewerkschaft (societas metallica) errichtet. Ein Beyspiel von einer societas specialis führt auch Alfenus Varus *L. 71. pr. D. h. t.* an: Duo societatem coierunt, ut *Grammatica* [36]) docerent; et *quod ex eo artificio quaestus fecissent*, commune eorum esset. Wenn hingegen über eine Erbschaft, sie sey eine testamentarische oder Intestaterbschaft, eine Gesellschaft errichtet wird, so ist dieses eine particuläre Societät. Eine solche Gesellschaft kann errichtet werden nicht nur, wenn die Erbschaft schon erworben ist, sondern auch, wenn sie künftig einem von beyden zufallen

36) Haloander und Russard wollen *Grammaticam* lesen, allein ohne Grund. Man sehe vielmehr SUETONIUS *de illustrib. Grammat.* cap. 2. Wie gewöhnlich dieser Sprachgebrauch sey, hat GRONOVIUS gezeigt Observation. Lib. II. cap. 2. Ungewöhnlicher ist es, wenn Alfenus den Unterricht in den Sprachen ein *artificium* nennt. Allein zu seinen Zeiten gab es noch keine öffentlich besoldeten Sprachlehrer. Denn der erste öffentliche Lehrer war Quintilian. Man ertheilte also den Unterricht für einen Lohn, der aber desto größer und einträglicher ausfiel, je nöthiger ein solcher Unterricht war. S. *Scip.* GENTILIS Parergor. Lib. I. cap. 1. und *Ev.* OTTONIS Alfenus Varus Cap. 6. §. 1.

len sollte [37]). Von allen diesen Fällen haben wir Beyspiele in den Gesetzen.

L. 3. §. 2. *D. h. t.* De illo quaeritur, si ita societas, *ut si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit*: quae iusta hereditas? utrum, quae iure legitimo obvenit, an etiam ea, quae testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere [38]).

L. 52. §. 6. *D. eodem.* PAPINIANUS quoque *libro III. Responsorum* ait: Si fratres parentum indivisas hereditates ideo retinuerunt, *ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent*, quod aliunde quaesierint, in commune non redigetur.

§. 963.

Unterschied zwischen einer societas universalis, und generalis quaestuaria.

I. Eine Universal-Societät hat also das Eigene, daß sie sich 1) auf das ganze, sowohl gegenwärtige als zukünf-

37) S. *Ant.* SCHULTING ad *Caji* Institut. Lib. II. Tit. 9. §. 16. not. 93. circ. fin. (in *Iurisprud. Antejust.* pag. 169.)

38) In einer andern Beziehung, nämlich auf die *Lex Iulia et Papia* von gesetzwidrigen Ehen, welche unter andern Strafen auch eine Unfähigkeit zur Erwerbung angefallener Erbschaften nach sich zogen, erklärte man diesen Ausdruck so, daß auch eine testamentarische Erbschaft darunter begriffen wird *L.* 130. *D. de Verb. Signif.* S. *Caes.* COSTA. Variar. ambiguitat. iuris Lib. II. cap. 19. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. Pag. 1227.) *Andr.* FACHINAEUS Controverf. iur. Lib. VI. cap. 41. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS Comm. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. 6. §. 5.

zukünftige, Vermögen der Gesellschafter erstreckt, welches hier immer dem Eigenthume nach gemeinschaftlich ist. Sie setzt also natürlich solche Güter voraus, welche der freien Disposition derjenigen unterworfen sind, die eine solche Gesellschaft unter sich errichten. Lehen und Fideicommißgüter sind folglich der Substanz nach unter dieser Societät nicht begriffen. Nur die Früchte und Einkünfte aus diesen Gütern gehören in die Gemeinschaft [39]). Bey einer solchen allgemeinen Gütergemeinschaft fallen denn auch Erbschaften, Vermächtnisse, Schenkungen, und überhaupt alles, was die Gesellschafter erwerben, mithin auch der Gewinn aus Pönalklagen, der Gesellschaft zu. Folgende Gesetzstellen sind hier merkwürdig.

L. 3. §. 1. *D. h. t.* Cum specialiter *omnium bonorum societas* coita est, tunc et hereditas et legatum, et quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum, communioni adquiretur.

L. 73. *pr. D. eodem.* ULPIANUS *libro I. Responsorum* Maximino respondit: Si *societatem universarum fortunarum* coierint, id est, earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur, hereditatem cuivis eorum delatam in commune redigendam.

L. 52. §. 16. *D. eodem.* Socium, universa in societatem conferre debere, NERATIUS ait, *si omnium bonorum socius sit*: et ideo, sive ob iniuriam sibi factam, vel ex Lege Aquilia, sive ipsius, sive filii corpori nocitum sit, conferre debere respondit.

Sogar

39) S. STRUVII Synt. iuris civ. Ex. XXII. Th. 26. und WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. T. I. h. t. §. 2. 3.

Sogar das Heyrathsgut, welches dem einen Gesellschafter von seiner Frau ist zugebracht worden, wird gemeinschaftlich, so lange die Ehe dauert. Wird sie getrennt, so muß das Heyrathsgut restituirt werden, jedoch genießt die Gesellschaft die Einkünfte bis auf den Tag der Restitution. Sollte die Gesellschaft früher aufgehoben werden, so kann der Ehemann das Heyrathsgut aus dem gesellschaftlichen Vermögen als einen Voraus zurückfordern, weil ihm nun die Lasten der Ehe allein zu Theil werden, welche sonst aus der Gesellschaftskasse bestritten würden [40]. Wäre jedoch das Heyrathsgut zu der Zeit, da die Gesellschaft aufgehoben wird, in einem solchen Falle, daß es nicht braucht restituirt zu werden, so wird dasselbe alsdann so gut, als das übrige Vermögen der Gesellschaft, unter die Interessenten vertheilt, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 65. §. 16. *D. h. t.* Si unus ex sociis maritus sit, et distrahatur societas manente matrimonio, *dotem maritus praecipere debet:* quia apud eum esse debet, qui onera sustinet. Quodsi iam dissoluto matrimonio societas distrahatur, *eadem die recipienda est dos, qua et solvi debet* [41].

L. 66. *D. eadem.* Quod si eo tempore, quo dividitur societas, in ea causa dos sit, ut certum sit, eam,

40) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

41) i. e. *Socius, qui dotem accepit, eamque uxori restituere tenetur, eam quidem recipere seu praecipere debet e medio societatis: sed non debet eam praecipere ante eam diem, qua tenetur eam uxori solvere: interusurium debet societatis lucro esse,* wie POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XV. not. d. diese Stelle erklärt.

eam, vel partem eius reddi non oportere, dividere eam inter socios iudex debet.

Hat ein Gesellschafter durch eine sträfliche Handlung etwas erworben, so ist er zwar einen solchen schändlichen Gewinn in die Gesellschaft einzuwerfen nicht schuldig. Hat er es aber dennoch freywillig gethan, so ist auch dieser Gewinn gemeinschaftlich. Wird nachher der Schuldige wegen seines Verbrechens an Gelde gestraft, so kommt es darauf an, ob der andere Gesellschafter Wissenschaft von der Schändlichkeit dieses Erwerbs gehabt hat, oder nicht. Im ersten Fall ist auch die Strafe gemeinschaftlich. In dem letztern hingegen giebt der Unschuldige blos den Empfang heraus, die Strafe hingegen leidet derjenige allein, der das Verbrechen beging [42]). Die hierher gehörigen Stellen sind

L. 52. §. 17. *D. h. t.* NERATIUS ibidem ait, socium omnium bonorum non cogi conferre, quae ex prohibitis causis adquisierit.

L. 53. *D. eodem.* Quod autem ex furto, vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est: quia delictorum turpis atque foeda communio est. Plane, si in medium collata sit, commune erit lucrum.

L. 54. *D. eodem.* Quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quam si damnatus sit.

L. 55.

42) S. *Franc.* CONNANUS Commentatiot. iuris civ. Lib. VII. cap. 13. pag. 547. *Io.* D'AYEZAN Contractuum. Lib. II. Tr. 3. §. *Itaque* pag. 104.

L. 55. D. eodem. Si igitur ex hoc conventus fuerit, qui maleficium admisit, id, quod contulit, aut solum aut cum poena auferet. Solum auferet, si mihi proponas, insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse: quod si sciente, etiam poenam socium agnoscere oportet: aequum est enim, ut cuius participavit lucrum, participet et damnum.

L. 56. D. eodem. Nec quicquam interest, utrum manente societate praestiterit ob furtum, an dissoluta ea. Idemque est in omnibus turpibus actionibus: veluti iniuriarum, vi bonorum raptorum, servi corrupti, et similibus; et in omnibus *poenis pecuniariis*, quae ex publicis iudiciis accidunt.

2) Bey einer Universal-Societät werden alle körperliche Sachen und dingliche Klagen [43]), welche die Gesellschafter zu der Zeit, da sie die Gesellschaft errichten, schon in ihrem Vermögen haben, unmittelbar durch das Gesetz gemeinschaftlich, ohne daß es derentwegen einer besondern Uebergabe oder Cession bedarf. Schuldforderungen und persönliche Klagen hingegen müssen gegenseitig cedirt werden, wenn sie gemeinschaftlich werden sollen [44]). Auch körperliche Sachen, welche die Gesellschafter nach schon errichteter Gesellschaft erst erwerben, werden nicht unmittelbar

43) *Io.* VOET Comm. ad Dig. h. t. §. 6. ist zwar anderer Meynung. Allein man sehe CUJACIUS ad Lib. 32. Pauli ad Edictum in L. 3. D. h. t. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14.

44) Actiones enim personales adeo cohaerent personae, ut a persona separari nullo modo possint, sagt *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 3. h. t.

bar durch das Gesetz gemeinschaftlich, sondern erfordern eine Uebergabe, weshalb im Weigerungsfalle die actio pro socio anzustellen ist [45]).

L. 1. §. 1. *D. h. t.* In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, *continuo* communicantur.

L. 2. *D. eodem.* Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire [46]).

L. 3. *pr. D. eodem.* Ea vero, *quae in nominibus erunt*, manent in suo statu, sed actiones invicem praestare debent.

L. 74.

45) Anderer Meinung sind zwar *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. r. Allein man sehe *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 74. D. h. t. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *ostendi.* pag. 380. *Io.* VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 6. *Ant* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LXII. Th. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. und THIBAUT System des Pand. Rechts. 2. B. §. 882.

46) Man erklärt diese stillschweigende Uebergabe gewöhnlich von einem constituto possessorio. Denn jeder Gesellschafter verspreche dem andern, er wolle die Sachen, die er bisher als Alleineigenthümer besessen, von nun an als gemeinschaftliches Gesellschaftsgut ansehen, und solche theils in seinem, theils in des andern Gesellschafters Namen besitzen. Arg. *L.* 18. *pr. D. de acquir. poss.* S. *Ger.* NOODT Probabil. Lib. II. cap. 6. in fin. *Io.* D'AVEZAN Contract. Lib. II. Tr. 3. § *Ex eo.* p. 104. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 169. not. 93. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XIII not. f. Allein *Ant.* FABER Rational. ad L. 2. D. h. t. hat diese Idee nicht ohne Grund verworffen.

L. 74. *D. eodem.* Si quis societatem contraxerit, quod emit, *ipsius fit*, non commune: *sed societatis iudicio cogitur rem communicare.*

3) Da bey einer universellen Societät das ganze Vermögen der Gesellschafter gemeinschaftlich ist, so muß auch nicht nur der Verlust gemeinschaftlich getragen werden, sondern es werden auch die Bedürfnisse eines Jeden aus der gemeinschaftlichen Masse bestritten [47]), wenn gleich die Gesellschafter keine gleiche Vermögenssumme eingebracht haben [48]), auch der eine mehr Bedürfnisse zu bestreiten hat, als der andere. Wenn also z. B. der eine Socius Kinder hat, der andere nicht, so werden die Erziehungskosten, die Kosten der Ausstattung bey der Verheyrathung der Töchter, so wie die Studierkosten der Söhne aus der gemeinen Masse genommen [49]). Nicht minder werden die Schulden, die der eine oder andere socius hat, aus der

47) *L.* 73. §. 1. *D. h. t.*

48) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* Societas coiri potest, et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus.

49) *L.* 73. §. 1. *D. h. t.* Idem ULPIANUS Maximinae respondit: Si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogaretur, vel quaereretur, communis lucri atque impendii esset, *ea quoque, quae in bonorem alterius liberorum erogata sunt, utrinque imputanda.* Diesem ist *L.* 81. *D. eodem* nicht entgegen. Denn in diesem Gesetz ist von keiner universellen Societät die Rede, sondern von einer blos partikulären. Daher war freylich eine besondere Verabredung nöthig, daß das Heyrathsgut aus der Gesellschafts-Casse bestritten werden sollte. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXVII. Th. 8. litt. H. DONELLUS Comm. ad Cod. ad rubr. h. Tit. nr. 18. sq. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 3. und *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 1.

der Masse bezahlt, und zwar nicht nur die, welche während der Gesellschaft, sondern auch die, welche vor Eingehung derselben contrahirt sind [50]. Es folgt dieses schon aus dem Grundsatz, den uns Paulus lehrt, *L.* 39. §. 1. *D. de Verb. Signif.* Bona intelliguntur cuiusque, quae *deducto aere alieno* supersunt. Selbst das, was durch Verbrechen verwirkt ist, kann aus der Masse gefordert werden, jedoch nur bis auf den Kopftheil des Schuldigen, es wäre denn, daß er unschuldig vom Richter verurtheilt worden; hier ist der Verlust gemeinschaftlich; sonst muß sich der Schuldige bey Aufhebung der Gesellschaft das von seinem Theile abrechnen lassen, was für ihn aus diesem Grunde von der Masse genommen ward [51].

L. 52. §. *ult. D. h. t.* Per contrarium quoque apud Veteres tractatur, an socius omnium bonorum, si quid ob iniuriarum actionem damnatus praestiterit, ex communi consequatur, ut praestet? Et *Attilicinus*, *Sabinus*, *Cassius* responderunt, si iniuria iudicis damnatus sit, consecuturum: si ob maleficium suum, ipsum tantum damnum sentire debere. Cui congruit, quod *Servium* respondisse *Aufidius* refert, si socii bonorum fue-

50) Arg. *L.* 39. §. 3. *D. familiae ercisc.* VOET h. t. §. 4. Anderer Meinung sind zwar LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. 184. und WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 2. et 3. Allein man sehe MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 330. und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 882.

51) S. DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. cap. XVI. §. *Atque haec* pag. 654. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 8. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 882.

fuerint, deinde unus, cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi: si vero praesens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarciendum.

L. 52. §. 4. *D. eodem.* Nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod *non culpa socii* contingit.

L. 59. §. 1. *D. eodem.* Quod in alea aut adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus: si quid vero dolo nostro socius damni ceperit, a nobis repetat.

4) Wird eine universelle Societät aufgehoben, so wird das noch vorhandene Vermögen, ohne Rücksicht auf das Einbringen eines jeden, arithmetisch, und also nach den Köpfen getheilt, nur das Heyrathsgut ist auszunehmen, welches dem einen Socius von seiner Frau ist zugebracht worden, und dieser nach getrennter Ehe zu restituiren hat; dieses muß er bey der Theilung zum Voraus erhalten [52].

II. Bey einer *societas generalis* hingegen ist blos der Gewinn gemeinschaftlich, den die Gesellschafter durch Handel, Kauf, Pacht, oder sonst durch ihren Fleiß und Gewerbe verdienen, mithin auch die Besoldung der Gesellschafter. Erbschaften, Legate und Schenkungen hingegen gehen die Gesellschaftskasse nichts an, sondern verbleiben demjenigen allein, dem sie zufallen. Es werden auch nur die-

52) S. STRUVII Synt. iur. civ. h. t. §. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 27. THIBAUT Syst. a. a. O. und Hufelands Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 638.

diejenigen Ausgaben und Schulden aus der gemeinschaftlichen Kasse bezahlt, welche um des **Erwerbs** willen gemacht worden sind. Haben sich die Gesellschafter bey Eingehung des Contracts über ihre Absicht nicht deutlich erklärt, so ist im Zweifel eher eine **generelle**, als **universelle** Gesellschaft zu vermuthen. Alles dieses werden folgende Gesetzstellen bestätigen.

L. 7. *D. h. t.* Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, *videtur coita esse universorum, quae ex quaestu veniunt,* hoc est si quod lucrum ex emtione, venditione, locatione, conductione descendit.

L. 8. *D. eodem.* Q u a e s t u s enim intelligitur, qui ex opera cuiusque descendit.

L. 52. §. 8. *D. eodem.* PAPINIANUS ait: Si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit, et stipendia, caeteraque salaria in commune redigi iudicio societatis.

L. 9. *D. eodem.* Non adiecit SABINUS hereditatem, vel legatum, vel donationes mortis causa, sive non mortis causa: fortassis haec ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt [53].

L. 10.

53) Das heißt: Schenkungen haben gewöhnlich ein persönliches Verdienst des Beschenkten, oder eine natürliche Pflicht von Seiten des Schenkers zum Grunde, und werden ohne Mühe erworben, daher können sie nicht zum QUAESTUS, qui ex opera cuiusque descendit, gerechnet werden. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXI. not. b.

L. 10. D. h. t. Et quia plerumque vel a parente vel a liberto, quasi debitum nobis hereditas obvenit.

L. 11. *eod.* Et ita de hereditate, legato, donatione, QUINTUS MUCIUS scribit.

L. 12. D. eod. Sed nec *aes alienum*, nisi quod *ex quaestu* pendebit, veniet in rationem societatis.

L. 13. eodem. Sed et si adiiciatur, *ut et quaestus et lucri socii sint*, verum est, non ob aliud lucrum quam quod *ex quaestu* venit, hanc quoque adiectionem pertinere.

L. 71. §. 1. D. eodem. Duo colliberti societatem coierunt *lucri, quaestus, compendii*: postea unus ex his a patrono heres institutus est, alteri legatum datum est: *Neutrum horum in medium referre debere* respondit.

L. 45. §. 2. D. de acquir. vel omitt. heredit. Et cum *quaestus* et *compendii societas* initur, quidquid *ex operis suis* socius adquisierit, in medium conferet, sibi autem quisque *hereditatem* adquirit.

Es läßt sich jedoch bey einer solchen Societät der Gewinn oder Erwerb nicht wohl anders, als nach Abzug alles Schadens, mithin eigentlich erst nach Endigung der Societät bestimmen [54]), und er ist verhältnißmäßig unter die Mitglieder nach der Größe der Beyträge und Einlagen zu vertheilen [55]) Noch ist zu bemerken, daß bey einer bloßen Erwerbsgesellschaft Erbschaften und Geschenke auch nicht einmal dann in die Gesellschaftskasse fließen, wenn sie

54) *L. 30. D. h. t.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

55) S. THIBAUT System des Pand. Rechts 2. B. §. 883. lit. B

sie auch wegen der Gesellschaft und aus Gelegenheit derselben von einem der Mitglieder wären erworben worden [56]). Nec compendium. sagt Pomponius *L.* 60. §. 1. *D. h. t.* quod *propter societatem* ei contigisset, veniret in medium, veluti si *propter societatem* heres fuisset institutus, aut quid ei donatum esset.

§. 964.

Was gehört zur Perfection, und was zur Erfüllung des Societätscontracts?

Der Gesellschaftscontract ist ein Consensualcontract, er erfordert daher zu seiner Perfection weiter nichts, als die Einwilligung der Interessenten [57]). Diese Einwilligung kann auch hier sowohl unter Abwesenden durch Briefe oder Boten, als unter Gegenwärtigen, und zwar nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden, je nachdem die Contrahenten entweder durch Worte oder durch gewisse Handlungen ihre Absicht, daß sie eine Gesellschaft mit einander errichten wollen, deutlich zu erkennen geben [58]). Modestin sagt ausdrücklich *L.* 4. *pr.* *D. h.*

56) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. VOET Comm. h. t. §. 5. und *Io.* D'AVEZAN Contract. Lib. II. Tr. 3. §. *Quid si simpliciter*, pag. 105.

57) *Pr. et* §. *1. I. de obligat. ex cons.* S. D'AVEZAN c. l. pag. 103.

58) *L.* 2. *Cod. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Ostendi.* pag. 382. besonders *Io. Nic.* HERTII Diss. de societate facto contracta. in *Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 171. sqq.

D. h. t. Societatem coire *et re*[59]) *et verbis* et per nuncium posse nos, dubium non est. In Ansehung der universellen Gesellschaft sind zwar einige[60]) Rechtsgelehrten anderer Meinung. Sie glauben, Paulus gebe durch die Worte der *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Cum *specialiter* omnium bonorum societas coita est, deutlich genug zu verstehen, daß eine solche Gesellschaft nur durch eine ausdrückliche, und nie durch eine stillschweigende Einwilligung errichtet werden könne. Allein wenn gleich hier der Beweis einer bestimmten speciellen stillschweigenden Einwilligung oft schwerer zu führen ist, als in andern Fällen, so macht doch auch die universelle Gesellschaft im Ganzen keine Ausnahme von der Regel, wie

59) Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar die Worte *re et verbis* anders verstehen. Sie glauben, der Sinn derselben sey der: Eine Gesellschaft werde nicht blos durch das Einbringen gewißer Sachen, sondern zugleich durch die Erklärung geschlossen, daß diese Sachen gemeinschaftlich seyn sollen. Ohne diese Erklärung wäre nur eine Gemeinschaft, aber keine Gesellschaft vorhanden. So erklärten Accursius und Saccertus diese *L.* 4. *h. t.* Andere wollen unter verbis, feyerliche Worte verstehen, wie WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Tom. I. Disp. XXXII. Th. 20. Allein alle diese Erklärungen sind offenbar unrichtig. Daß die Worte re et verbis in keiner andern, als der oben angegebenen Bedeutung, zu nehmen sind, hat HERTIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. gezeigt. Man sehe auch noch vorzüglich *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. cap. 15. §. *Cum de hac communione.*

60) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. in fin. FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 25. CARPZOV P. III. Const. XV. Def. 45. nr. 3.

wie schon von andern [61]) zur Genüge gezeigt worden ist. Durch den bloßen Vertrag wird jedoch noch kein Miteigenthum an den Sachen erworben, worüber die Gesellschaft errichtet worden ist. Sollen also die Gegenstände der Gesellschaft gemeinschaftlich werden, so muß noch eine Uebergabe hinzukommen. Jedoch wird dieselbe nur bey der particulären Gesellschaft erfordert [62]). Denn bey der universellen Societät werden die körperlichen Sachen, welche die Gesellschafter zur Zeit der errichteten Gesellschaft schon in ihrem Vermögen haben, ohne eine besondere Uebergabe durch unmittelbare Verordnung der Gesetze gemeinschaftlich, wie bereits oben bemerkt worden ist. **Georg Franzke** [63]) verwirft zwar diesen Unterschied, und hält in keinem Fall eine Tradition für nöthig, wenn die Gegenstände der Gesellschaft in körperlichen Sachen bestehen, die Societät sey eine universelle odor partikuläre. Allein diese Meinung wird schon dadurch widerlegt, daß auch selbst bey einer universellen Societät die körperlichen Sachen, welche die Gesellschafter nach bereits errichteter Gesellschaft erwerben, ohne Uebergabe nicht gemeinschaftlich werden [64]). Noch mehr aber wird man sich von der Unrichtigkeit derselben überzeugen, wenn man erwägt, daß nach der Entschei-

61) S. FACHINAEUS Controv. iuris Lib. XII. cap. 14. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXII. Th. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. HERTIUS cit. Dissert. Sect. I. §. 3. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 880.

62) S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15.

63) Commentar. in Pand. h. t. nr. 41.

64) *L. 1. §. 1. L. 73. et 74. D. h. t.*

scheidung des Celsus *L.* 58. §. 1. *D. h. t.* Geld und Waaren, welche zur Einbringung in die Gesellschaft bestimmt sind, nicht eher für Rechnung der Gesellschaft verlohren gehen sollen, als von dem Zeitpunkt an, da sie in die Gemeinschaft wirklich eingebracht worden sind; zum offenbaren Beweis, daß sie vor der Uebergabe nicht gemeinschaftlich werden, wie aus den Worten: *Si ante collationem, posteaquam destinasses, pecunia perierit, nihil eo nomine consequeris, quia non societati periit*, ganz klar erhellet [65]). Der Societätscontract kann übrigens entweder auf Lebenszeit, oder auf eine bestimmte kürzere Zeit, oder auch ohne Zeitbestimmung, er kann bedingt, oder unbedingt geschlossen werden. Nur eine solche Gesellschaft findet nicht Statt, die auf keine Weise wieder aufgehoben werden, sondern ewig dauern solle. So lehrt Paulus:

L. 1. *pr. D. h. t.* Societas coiri potest vel *in perpetuum*, id est, dum vivunt, vel *ad tempus*, vel *ex tempore*, vel *sub conditione.*

L. 70. *D. eodem.* Nulla societatis *in aeternum* coitio est.

Aus der Vergleichung beyder Stellen, die wahrscheinlich zusammengehört haben, und aus einem und demselben Buche des Paulus genommen sind [66]), ergiebt sich, daß

65) Man sehe besonders *Io. Balth. a* WERNHER Selectar. Observation. for. Tom. I. Part. I. Obs. 103.

66) Die Inscriptionen beyder Stellen sind zwar verschieden. Die *L.* 1. *h. t.* ist aus Paulus libro 32. ad Edictum, die *L.* 70. aber aus Desselben libro 33. ad Edictum. Allein schon *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *Ostendi* pag. 382. hat bemerkt, daß die Inscription der L. 70. zu emendiren, und *libro* 32. *ad Edictum* zu lesen sey.

daß der Sinn der letztern Stelle eigentlich dahin geht, eine Gesellschaft könne nicht auf eine solche Art errichtet werden, daß sie nie, auch selbst durch den Tod der Gesellschafter nicht, aufhören solle [67]). Es ist daher unrichtig, wenn einige [68]) behaupten, daß auch ein solcher Vertrag, wodurch sich die Gesellschafter verbindlich gemacht haben, auf Lebenszeit in der Gesellschaft zu verbleiben, nicht verbindlich sey. Ein solcher Vertrag ist wenigstens in sofern allerdings verbindlich, daß er ohne eine gerechte Ursache nicht gegen den Willen des Andern aufgekündiget werden kann, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 14. *D. h. t.* Si convenerit inter socios, ne *intra certum tempus* communis res dividatur, non videtur convenisse, *ne societate abeatur*. Quid tamen, si hoc convenit, *ne abeatur*, an valeat? Eleganter POMPONIUS scripsit, frustra hoc convenire. Nam etsi non convenit, si tamen intempestive renuncietur societati, esse pro socio actionem. Sed etsi convenit, *ne intra certum tempus societate abeatur*, et ante tempus renuncietur, potest *rationem habere renunciatio*: nec tenebitur pro socio, qui ideo renunciavit, quia conditio quaedam, quia societas erat coita, ei non praestatur: aut quid, si ita iniuriosus socius sit, ut non expediat eum pati?

L. 15.

67) S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. X. not. d.

68) *Io.* D'AVEZAN Contract. libr. I. cap. 12. §. *Potest.* pag. 29. HARPPRECHT Comm. ad §. 4. I. h. t. nr. 6. et 7. VINNIUS Comm. ad §. 4. I. h. t. nr. 1.

L. 15. *D. eadem.* Vel quod ea re frui non liceat, cuius gratia negotiatio suscepta sit?

Ob eine Gesellschaft unter einer Bedingung errichtet werden könne? war unter den ältern römischen Rechtsgelehrten streitig. Erst **Justinian** entschied diese Frage bejahend in *L.* 6. *Cod. h. t.* wo er sagt; Sancimus, societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam *sub conditione;* voluntates enim legitime contrahentium omnimodo conservandae sunt. **Wissenbach** [69]) hält daher die Worte sub conditione in der *L.* 1. *D. h. t.* für einen Tribonianismus. Allein es kann allerdings seyn, daß die Meinung, welcher **Paulus** beystimmte, schon vor **Justinian** die herrschende war, wie **Ulrich Huber** [70]) bemerkt, und es ist auch in unsern Pandecten nichts Ungewöhnliches, daß **Tribonian** bey streitigen Meinungen Fragmente solcher Rechtsgelehrten aufgenommen hat, deren Meinung nachher vom Kr. **Justinian** bestätiget worden ist [71]). **Huber** glaubt überhaupt der Streit der Alten habe gar nicht den Vertrag einer bedingten Gemeinschaft selbst, von welchem **Paulus** redet, sondern vielmehr den wirklichen Anfang einer solchen Societät betroffen, und zwar sey der Zweifelsgrund gewesen, weil die Bedingung mit der gleich nach geschlossenem Contract gesetzlich vollendeten Erwerbung des Eigenthums im Widerspruch zu stehen scheine. Allein dieser Grund würde nur bey

69) Emblemata Triboniani ad L. 1. pr. h. t. pag. 39. Edit. *Heinecc. Halae* 1736. 8.

70) Eunomia Rom. ad L. 1. pr. D. h. t. pag. 623.

71) S. *Io.* WYBO Tribonianus ab emblematibus Wissenbachii liberat. Cap. III. §. 7.

bey einer universellen Societät eingetreten seyn, wovon aber Justinian in seiner Verordnung nichts sagt. Andere [72]) glauben daher, die Societät sey ehemals mit einer Mancipation der in die Gemeinschaft gebrachten Güter verbunden gewesen, welche, als eine feyerliche Handlung, keine Bedingung zugelassen habe [73]). Allein Justinian habe den Willen der Contrahenten um so mehr der Subtilität des Rechts vorgezogen, weil jetzt die bloße Uebergabe ohne Unterschied der Sachen zur Uebertragung des Eigenthums genüge, und diese sowohl bedingt, als unbedingt geschehen könne [74]). Wir finden jedoch von dieser Controvers der ältern römischen Rechtsgelehrten zu wenig Spuren, um etwas Gewisses über den eigentlichen Zweifelsgrund bestimmen zu können.

§. 965.

Gegenstände der Societät.

In die Gesellschaft können nun Sachen, unter denen auch Geldsummen begriffen sind, oder Dienste, oder beydes zugleich gebracht werden. Es können also die Gesellschafter entweder Waaren zusammenbringen, oder gewisse Geldsummen zusammenschießen, und zwar brauchen diese Summen oder übrigen Beyträge nicht nothwendig alle gleich groß zu seyn [75]); oder es können sich mehrere vereinigen, eine gewisse Kunst oder Handthierung gemeinschaft-

72) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. D'AVEZAN c. 1. §. 2. pag. 104. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. X. not. e.

73) *L. 77. D. de div. reg. iuris.*

74) *L. 38. §. 1. D. de adquir. vel amitt. possess.*

75) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

schriftlich zu treiben, und damit etwas zu gewinnen suchen. Es müssen nur die Dienste, welche geleistet werden sollen, eine Schätzung in Gelde zulassen [76]), und keine unerlaubten Handlungen seyn [77]). Denn eine gesellschaftliche Verbindung zur Ausführung sträflicher Handlungen nennt man nicht Societät, sondern Bande. Es kann auch blos der Eine Sachen liefern oder Geld herschießen, der Andere aber nur Arbeiten verrichten. Anfangs scheint es zwar unter den römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen zu seyn, ob eine solche Gesellschaft gültig sey; in der Praxis behielt aber doch endlich diejenige Meinung die Oberhand, welche die Gesellschaft, in welcher der Eine einen Beytrag an Gelde liefert, der Andere aber blos Dienste leistet, für gültig erklärte [78]). So ist unstreitig *L.* 1. *Cod. h. t.* zu verstehen, wo die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** sagen: Societatem uno pecuniam conferente, alio operam, contrahi posse, magis obtinuit [79]).

Zu

76) *L.* 52. §. 2. *D. h. t.* §. 2. *I. eodem.*

77) *L.* 57. *D. eodem.*

78) S. D'AVEZAN Contract. libr. II. Tract. 3. pag. 106. §. *Immo et eo.* *Iac.* OISELIUS ad Caji Institution. Lib. II. Tit. 9. §. 16. not. 95. (in SCHULTING *Iurispr. Antejust.* pag. 169. sq.) *Ev.* OTTO Comm. ad §. 2. I. h. t. nr. 4.

79) Der Ausdruck *obtinuit*, oder *post magnas varietates obtinuit* bezeichnet vorzüglich eine solche römische Gerichtspraxis, welche sich auf eine disputatio fori gründete. *L.* 24. *D. de acquir. vel omitt. hered.* *L.* 55. §. 1. *D. de legat II.* *L. ult. D. pro legato.* *L.* 32. *D. de obligat. et act.* S. *Car. Frid.* ZEPERNICK Diatr. de rerum perpetuo similiter a centumviris iudicatar. auctoritate. §. 3. adj. *Sibr. Tetard.* SICCAMA *de iudicio centumvirali.* pag. 295.

Zu Justinians Zeiten war vollends hierüber gar kein Zweifel mehr, wie aus §. 2. *I. eodem* erhellet, wo es heißt: Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: *quia saepe opera alicuius pro pecunia valet.* Der Werth der Dienste deckt hier den Mangel eines Geldbeytrags, und wird demselben gleichgeachtet. Ulpian sagt *L.* 52. §. 2. *D. h. t.* Pretium operae artis est velamentum [80]). Es fragt sich aber

80) Ueber den Sinn und die Leseart dieser Stelle sind freylich die Ausleger sehr verschiedener Meinung. CUJACIUS in Not. ad §. 2. I. h. t. bezeugt, daß in einer sehr alten Handschrift statt velamentum besser *levamentum* gelesen werde, und so sey denn der Sinn auch klar, nämlich der Werth der Dienste befreie den Socius, welcher sie leistet, von einem Beytrage an Gelde, und vertrete die Stelle desselben. Dieser Erklärung stimmen auch *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. h. t. nr. 3. und POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXVI not b. pag. 482. bey. Andere, welche die florentinische Leseart *velamentum* beybehalten, emendiren wieder auf verschiedene Art. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. will statt artis lieber *partis* lesen, und erklärt die Stelle auf folgende Art: Wenn ein Socius blos Dienste leistet, so sey der Werth seiner Arbeit *vice et loco partis*, er nehme also so gut an dem Gewinn Antheil, als wenn er selbst einen Theil an dem Grundstück oder dem Viehe hätte, welches von dem andern Socius beygebracht worden ist. Es ist nämlich in der angeführten Stelle des Ulpians von einer solchen Gesellschaft die Rede, wo der eine Socius einen Acker hergegeben hatte, welchen der andere bauen und cultiviren sollte, (*politor*, nicht, wie die Glosse liefet, pollicitator) dafür wollten sie sich dann in die Früchte theilen. Hier muß, sagt Ulpian, eben die Culpa prästirt wer-

aber, ob in einem solchen Falle das Geld gemeinschaftlich werde, oder demjenigen eigen bleibe, der es hergeschossen hat? Man hat hier vor allen Dingen darauf zu sehen, was die Contrahenten desfalls unter sich verabredet haben, und hier heißt es dann, pactum dat legem contractui [81]). Haben aber die Contrahenten hierüber unter sich nichts bestimmt, so ist es streitig, was im Zweifel rechtlich anzunehmen sey.

werden, als wenn beyde Sachen einander mittheilen, denn der Werth der Arbeit, welche der andere Socius verrichtet, decke oder ergänze gleichsam seinen Theil an der reellen Collation. Haloander lieset *operae et artis*, *Franc.* HOTOMANUS Comm. ad §. 2. I. h. t. aber *operae artisve* est velamentum, und erklärt dieses so: pretium, quod artifex operariusve accipit, velat atque abscondit ipsius artem; i. e. facit, ut nulla eius ratio ducatur. Die diese Stelle ohne alle Emendation erklären, haben wieder ganz verschiedene Ansichten. Man sehe *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. *Io.* D'AVEZAN Contract. libr. II. Tract. 3. pag. 106. und *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. ad h. L. pag. 631. Ich will nur noch die Erklärung des letztern hinzufügen. Ulpian, sagt er, will hier die Frage beantworten, warum derjenige, welcher der Gesellschaft blos Dienste leistet, dennoch für Culpa, wie jeder andere socius, verantwortlich sey, da doch der andere Gesellschafter, welcher die Sache gegeben hat, wegen welcher die Dienste geleistet werden, hauptsächlich den Nutzen zu haben scheine. Allein der Dienstleistende könne hier seine Kunst nicht als eine bloße Wohlthat anrechnen; denn er nehme an den Gewinn der Gesellschaft Antheil, und diese Vergeltung (pretium operae) verhülle die Kunst, und mache, daß sie nichts zum Voraus habe.

81) *Arg. L. 23. et 34. D. de reg. iur. L. 3. D. de reb. cred.* S. *Arn.* VINNIUS Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 54. §. *Caeterum.*

sey. Mehrere [82]) glauben, daß man unterscheiden müsse, ob die Dienstleistung des einen Socius von der Wichtigkeit sey, daß man sie ihrem Werthe nach für ein Aequivalent des von dem andern Gesellschafter eingelegten Kapitals betrachten könne, oder ob sie soviel nicht werth sey, daß man sie mit dem Kapital selbst in eine Parallele stellen könne. Im ersten Falle werde das von dem einen Gesellschafter eingeworffene Geld gemeinschaftlich, in dem letztern aber bleibe es demjenigen eigen, der es eingelegt hat. Andere [83]) behaupten, daß im Zweifel derjenige Gesellschafter, welcher bloß Dienste leistet, immer auch gemeinschaftlichen Antheil an dem Geldbeytrage des andern Gesellschafters habe, so daß nach Aufhebung der Gesellschaft derselbe unter beyde vertheilt werden müsse. Noch andere [84]) verwerfen zwar eine solche Vertheilung, sie glauben aber doch, daß wenigstens, während die Gesellschaft dauert, das Eigenthum des Geldes gemeinschaftlich sey, es falle aber nach Endigung derselben an den Einleger zurück. Die richtigste Mei-

82) *Did.* COVARRUVIAS *a Leyva* Variar. Resolution. Lib. III. cap. 2. nr. 2. *Operum* Tom. II. pag. 217. OISELIUS ad *Cajum* cit. loc. not. 95. (in SCHULTING I. A. pag. 170) *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. XX. §. 7. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 528.) *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 2. I. h. t. nr. 3. et Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 54. und *Hug.* GROTIUS de iure belli et pacis. Lib. II. cap. 12. §. 24.

83) *Paul* VOET Comm. ad §. 2. I. h. t. nr. 2. *Helfric. Ulr.* HUNNIUS Variar. Resolution. iur. civ. Libr. III. Tr. VII. P. III. Qu. 2. und *Amad.* ECKOLT Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 5.

84) *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXIX. §. 6. et 7.

Meinung, welche auch die meisten Rechtsgelehrten [85]) annehmen, ist umstreitig die, daß das von dem einem Socius eingelegte Capital im Zweifel dem Einleger eigenthümlich bleibe, und blos der damit gemachte Gewinn gemeinschaftlich sey. Denn daß die Gegenstände der Societät dem Eigenthume nach gemeinschaftlich sind, gehört nicht zum Wesen der Gesellschaft. Der Zweck dessen, was in die Gesellschaft gebracht wird, ist blos der, um damit einen gemeinschaftlichen Gewinn zu machen. Im Zweifel ist daher nur gemeinschaftlicher Gebrauch zu vermuthen. In dubio enim id, *quod minimum est*, praesumitur [86]). Daß das Eigenthum dem Einleger verbleibe, sagen auch die Gesetze nicht undeutlich.

L. 52. §. 2. *D. h. t.* Si in coeunda societate artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus

in

85) *Hug.* DONELLUS Comm. ad L. 1. Cod. h. t. *Reinh.* BACHOVIUS Not. et Animadv. ad Treulerum. Vol. I. Disp. XXVII. Th. 9. Lit. A. *Andr.* FACHINAEUS Controversiar. iuris Lib. II. cap. 96. *Ant.* PEREZ Praelect. ad Cod. h. t. nr. 2. *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. h. t. nr. 86. sqq. STRUV Exerc. XXII. Th. 33. et ad *Eundem* MÜLLER not δ. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 16. *Sam.* STRYK Caut. contract. Sect. II. cap. 10. §. 6. *Io. Balth.* L. B. a WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 214. nr. 36 sqq. *Sam.* a COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. s. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Pand. h. t. §. 33. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 530. u. a. m.

86) *L.* 34. *D. de reg. iur.*

in commune quaerendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa praestanda est: *pretium enim operae artis est velamentum.*

Nach diesem Gesetz bleibt also das Vieh und das Grundstück dem Eigenthümer, und nur die Früchte werden gemeinschaftlich. Eben dieses sagt auch Justinian in dem oben angeführten §. 2. *I. h. t.* Daher muß denn auch der Einleger den Schaden allein tragen, wenn das Capital zufällig verloren geht[87]). Diesem ist auch die *L.* 58. §. 1. *D. h. t.* nicht entgegen. Denn wenn daselbst gesagt wird: Si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire; utputa si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit: so war hier der Fall, wo beyde Gesellschafter Geld zusammengeschossen hatten, um damit einen Handel zu treiben, und wo es der Intention der Contrahenten gemäß war, daß das Geld gemeinschaftlich seyn sollte. Eben so ist auch *L.* 52. §. 4. *D. h. t.* zu verstehen, wo Ulpian sagt: Quidam sagariam negotiationem[88]) coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit; servi eius vulnerati sunt, resque proprias per-

87) *L.* 9. *Cod. de pign. act.* STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXII. §. 34. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 19. WERNHER Select. Observ. for. c. 1. Tom. I. p. 948. Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien 3. Band Medit. 153. und *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. T. II. §. 999.

88) Was *negotiatio sagaria* bey den Römern für eine Art von Handel gewesen, ist schon an einem andern Orte, Th. XIV. 2. Abth. §. 894. Not. 4. S. 277. erklärt worden.

perdidit. Dicit IULIANUS, damnum esse commune, ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere, tam pecuniae quam rerum caeterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Daß hier von einer solchen Societät die Rede sey, wo beyde Gesellschaftsmitglieder zur Errichtung eines Handels Geld hergeschossen hatten, deuten die Worte: *suamque pecuniam perdidit* nicht undeutlich an; denn **Ulpian** unterscheidet davon die eigenen Sachen des Socius, welcher den Verlust erlitten hat, die nicht zur Gesellschaft gehörten. Es tritt hier noch der Grund hinzu, daß es höchst unbillig seyn würde, wenn der Socius, welcher alle Arbeit übernommen hat, auch noch den Verlust des Capitals mit tragen sollte, da er, wegen der vergeblichen Arbeit, offenbar einen doppelten Schaden leiden würde. Eben so billig wird man es nun aber auch finden, daß, nach Aufhebung der Societät, das vorgeschossene Capital blos demjenigen bleibe, welcher es hergegeben hat, und nicht mit zur Theilung komme [89]. Wer übrigens der Gesellschaft Dienste leistet, muß nicht etwa, wie ein Factor, einen bedungenen Lohn dafür erhalten, sondern als Gesellschaftsgenoß an dem Gewinn und Verlust der Gesellschaft wirklich Antheil nehmen [90].

Aus allen ergiebt sich nun soviel, daß bey jeder Societät jedes Mitglied derselben Etwas beytragen müsse,

 es

89) Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. Band Medit. 154.

90) GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. T. II. §. 997. et §. 999. not. k. pag. 708.

es sey Geld, oder Waare, oder Dienstleistung. Es ist daher keine Gesellschaft vorhanden, wenn einer alles allein hergegeben, der andere aber gar nichts beygetragen hat, und dieser dennoch an dem Gewinn Antheil nehmen soll. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* Donationis causa societas non recte contrahitur. Ulpian wendet diesen Satz *L.* 16. §. 1. *D. de minorib.* auch auf den Fall an, wenn ein Minderjähriger eine solche Gesellschaft errichtet hat, und behauptet, daß hier keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nöthig sey, weil eine societas donationis causa contracta auch nicht einmal unter Großjährigen gilt. *Satis enim ipso iure munitus est.* Eine solche Gesellschaft begründet daher keine actio pro socio, wenn sie auch unter Ehegatten wäre errichtet worden, obgleich sonst Schenkungen zwischen Mann und Frau, nach dem bekannten unter dem Kr. Caracalla gemachten Senatusconsultum, dadurch gültig werden, daß sie von dem Schenker vor seinem Tode nicht widerrufen worden sind, weil eine solche Gesellschaft, die blos der Schenkung wegen errichtet wird, keine Gesellschaft ist, sie mag zwischen Ehegatten, oder zwischen andern Personen errichtet werden. Merkwürdig ist folgende Stelle Ulpians *L.* 32. §. 24. *D. de donat. inter vir. et uxor.* Hier heißt es: Si inter virum et uxorem societas *donationis causa* contracta sit, iure vulgato nulla est. Sed nec post decretum Senatus emolumentum ea liberalitas, *ut actio pro socio constituatur*, habere poterit; quae tamen in commune tenuerunt, praestituto fine, revocanda non sunt. Idcirco igitur *pro socio* actio non erit; *quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros, et propter hoc nec inter virum et uxorem.* Ein Anders wäre, wenn beyde Ehe-

gat

hätten wirklich eine Gesellschaft mit einander errichtet, und beyde auch aus ihrem Vermögen Beyträge geliefert hätten) der Eine aber dem Andern einen grössern Antheil an dem Gewinn zu überlassen versprochen hätte, als mit den Beyträgen desselben proportionirlich wäre, und zwar in der Absicht, um dadurch eine Freygebigkeit gegen denselben auszuüben. Eine solche Gesellschaft ist an sich auch unter Ehegatten nicht ungültig, und selbst die Schenkung, soweit sie dabey vorhanden ist, wenn sie auch nicht sogleich gilt, wird doch, sofern sie der schenkende Ehegatte nicht widerruft, wenigstens durch den Tod desselben gültig. Dieses scheint mir der Sinn der Worte Ulpians zu seyn, *quae tamen in commune tenuerunt, praestituto fine, revocanda non sunt*; so wie sie auch **Desiderius Heraldus** [91]), **Detlev Langebek** [92]), **Scipio Gentilis** [93]) und **Joseph Averanius** [94]) verstehen. Ob aber nicht unter andern Personen eine solche Gesellschaft, die blos der Schenkung wegen errichtet wird, wenigstens als eine Schenkung gültig sey? ist unter den Rechtsgelehrten streitig. **Averanius** [95]) glaubt, daß nach dem römischen Recht diese Frage zu verneinen sey. Allein die meisten Rechtsgelehrten [96]) sind der

91) Observation. et Emendat. libr. cap. 21. in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 1334.

92) In Leges aliquot perdifficiles Adnotation. Cap. 9. (in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 548. sq.)

93) De donationib. inter virum et uxor. Lib. I. cap. 16.

94) Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 24. Man sehe auch *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. ult. D. pro donat. §. 7. pag. 597.

95) Cit. loc. nr. 23.

96) Schon **Accursius** ad L. 5. §. 2. D. h. t. stellte diese Behauptung auf, und ihm folgten *Ant.* FABER Rational. in Pand.

der bejahenden Meinung, und diese verdient auch wenigstens nach dem neuern römischen Recht den Vorzug, weil nach Justinians Verordnung in der *L.* 35. §. *ult. Cod. de donat.* ein pactum de donando verbindlich ist.

§. 966.

Berechnung und Vertheilung des Gewinnes im Societäts-Contract.

Der Zweck des Gesellschaftscontracts ist Gemeinschaft des Gewinnes. Es gehört daher zur wesentlichen Bestimmung dieses Contracts, daß jedes Gesellschaftsmitglied am Gewinn Theil habe. Unter Gewinn versteht man hier dasjenige, was nach Abzug alles Schadens und aller Unkosten ausser der Einlage übrig bleibt; so wie unter Schaden alles dasjenige, was die Gesellschaft nach Abzug des Gewinnes an der Einlage oder noch darüber verliert[97]. Neque enim *lucrum* intelligitur, sagt *L.* 30. *D. h. t.* nisi omni damno deducto, neque *damnum*, nisi omni lucro deducto. Hieraus ergiebt sich die Art, Gewinn und Verlust zu berechnen, von selbst[98]. Allein die

Pand. ad eand. L. *Desid.* HERALDUS cit. loc. *Ios. Fern. de* RETES de Donation. inter vir. et uxor. Cap. IV. § 7. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 671.) *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 22. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 883. a. E.

97) S. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXII. Th. 29. MÜLLER ad *Eundem* not. *α.* und LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 21.

98) Ein Beyspiel von einer solchen Gesellschaftsrechnung findet man in Joh. Ge. Estors Anfangsgründen des gemeinen u. Reichs-

die Frage ist desto streitiger, wie Gewinn und Verlust zu vertheilen sey? Es ist ganz der Natur der Sache gemäß, daß, wenn die Gesellschaftsmitglieder hierüber nichts ausdrücklich bestimmt haben, die Theilnehmung derselben am Gewinn und Verlust sich nach dem Verhältniß ihrer Beyträge richte. Eine solche geometrische Proportion billigen auch die Gesetze ausdrücklich. So sagt a) **Pomponius** *L. 6. D. h. t.* Conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique *ex aequis partibus* socii simus, *veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit.* Eben so lehrt auch b) **Proculus** *L. 80. D. eodem,* wo er sagt: Quid enim, si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis[99]) partibus socius esset? Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique *ex aequis partibus* socii simus, veluti *si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae in societatem collaturus erat.* **Proculus** bestärkt diese Entscheidung noch durch einen Grund, welchen er *L. 78. D. eodem*, aus der Natur des Contracts entlehnt, wenn er sagt: eo magis sc. arbitrium viri boni sequendum esse, *quod iudicium pro socio bonae fidei est.* Natur des Contracts und Billigkeit erheischen demnach, daß dasjenige, was gewonnen und verlohren wird, verhältnißmäßig unter die Mitglieder der Gesell-

Reichsprocesses. 3. Theil, herausgegeben von **Wolr. Burchardi**. Frankf. a. M. 1756. S. 62. f.

99) **Baudoza** und Cod. Erlang. lesen hier *ex duabus millesimis.* Allein *Guil. a* TEISTERBANT dict. BILDERDYK Observation. et Emendation. libr. (*Brunovici 1806.*) Cap. 15. pag. 121. will *ex undemillesimis partibus*, id est, DCCCCXCIX. lesen. Denn die Alten sagten auch *undecentesimus* für XCIX.

sellschaft nach der Größe der Einlagen vertheilet werde. So lehren auch die meisten Rechtsgelehrten [100]). Demohngeachtet sind viele anderer Meinung [1]). Sie glauben, es

100) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Satis*, p. 380. *Reink.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXVII. Th. 8 lit. D. *Paul* VOET Commentar. ad §. 2. I. h. t. pag. 272. *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 8. *Iul.* PACIUS Analys. Institution. libr. III. Tit. 26. §. 1. *Franc.* BROEUS Exposition. in Instit. h. t. §. 2. *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 1. I. h. t. nr. 2. *Io.* D'AVEZAN Contract. Lib. II. Tr. 3. §. *Qualitercunque.* (*Thes. Meerm.* T. IV. pag. 105. et 106.) *Guil.* BROUATEAU Recitation. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. XX. §. 11. (*Thes. Meerm.* T. III. pag. 528.) *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris. Lib. III. cap. 6. §. 7. et Lib. IV. cap. XII. nr. 19. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Pand. h. t. §. 27. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 1. I. h. t. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Const. 30. Def. 38. WERNHER Select. Observat. forens. T. I. P. III. Obs. 178. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18. *Io. Ulr. de* CRAMER Diatr. Partes aequales in lucro et damno sociorum spectandas explicans. (*Opuscul.* T. III. nr 21. pag. 567.) Schneidt Jurid. mathemat. Magazin. Wirzburg 1798. Absch. 1. St. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. III. §. 2006. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 530. Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten 1. B. h. a. §. 3. und 2. Band Nr. 575. S. 362. Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen. §. 913. Nr. 2. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 883. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 533. u. m. a.

1) *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. Cap. 13. pag. 543. *Diod.* TULDENUS Commentar. ad h. Tit. Institut. Cap. 5. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. h. t. §. 3. et in Eunom. Rom. ad L. 29. D. h. t. pag. 625. sq. *Ant.* PEREZ Prae-

es sey dem Geist der römischen Gesetze gemässer, daß in Ermangelung besonderer Verträge, der Gewinn und Verlust nicht nach dem Verhältniß der Beyträge, sondern vielmehr, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, auf gleiche Art, also nicht nach der geometrischen, sondern arithmetischen Proportion unter die Mitglieder der Gesellschaft vertheilt werde. Diese Meinung scheint auch ein ganz entscheidendes Gesetz für sich zu haben. Ulpian sagt nämlich *L. 29. pr. D. h. t.* ausdrücklich: Si non fuerint partes societati adjectae, *aequas eas esse constat.* Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere: si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae, vel cujuscunque alterius rei causa. Man wendet zwar dagegen ein, daß unter den *aequae partes*, eben sowohl geometrisch als arithmetisch gleiche Theile verstanden werden könnten; allein man irrt hier ganz offenbar. *Aequae partes* heissen in den römischen Gesetzen [a]) immer Kopftheile, partes viriles; und daß dieser Ausdruck auch hier keinen andern Sinn habe, erhellet theils daraus, weil sie in der angeführten Stelle einer geometrischen Proportion entgegengesetzt

Praelect. in Cod. h. t. nr. 6. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejustin. ad *Caji* Institut. Lib. II. Tit. 9. §. 16. not. 98. *Car. Cod.* WINCKLER in accell. ad BERGERI Oecon. iur. Lib III. Tit. V. §. 31. Not. 4. in fin. *Christph. Lud.* CRELL Diss. de praesumtione aequalitatis in iudiciis divisoriis. *Vitemb.* 1735. §. 5 u. a. m.

a) *L. 8. D. de rei vind. L. 2. pr. L. 9. §. 12. D. de hered. instit. §. 6. I. eodem. L. 7. §. 2. D. de rebus dub. L. 23. D. ad SCtum Trebell. L. 5. §. 2. D. de solut.* S. *Barn.* BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *aequales partes.*

setzt werden, theils aus *L.* 63. §. 5. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Si, cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius, et partem suam integram sit consecutus; deinde alius socius cum eodem agat, et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest: an hic, qui minus consecutus est, cum eo agere possit, qui solidum accepit, ad *communicandas partes* inter eos, id est, *exaequandas*; quasi iniquum sit, *ex eadem societate alium plus, alium minus consequi*? Sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, *ut utriusque portio exaequetur*. Quae sententia habet aequitatem. Zur Unterstützung dieser Meinung führt man noch folgende Gründe an. Erstens wenn Ulpian unter den *aequis partibus* geometrisch gleiche Theile verstanden hätte, wie hätte er vernünftiger weise die Frage aufwerfen können, ob ein Gesellschaftsmitglied, welches mehr, als sein Mitgesellschafter, einlege, sich auch einen größern Antheil am Gewinn ausbedingen könne? Arithmetische Gleichheit unter den Gesellschaftsmitgliedern müsse also wohl die Regel seyn. Dies erhelle zweitens auch daraus, weil Ulpian *L.* 63. *D. h. t.* sage: Societas *ius quodammodo fraternitatis* in se habet; Brüder aber hätten unter sich gleiche Rechte, wie schon Cicero [3]) und Lactantius [4]) lehrten. Hierzu komme 3) die Novelle 103. des Kaisers Leo des Philosophen, in welcher es heiße: In societatibus usitatum est, ut fere, qui plus contulit, idem plus lucri sentiat. *Et recte sane negotium instituunt, inter quos ita convenit.* Veruntamen de maritimis

3) *De legibus* Lib. I. cap. 12. et in Oratio. *pro Ligario.*

4) *Divinar. Institution.* Lib. V. c. 14.

timis praediis societate inita, non ideo recte, cuius praedium latius est, eo, cuius arctius est, maius lucrum auferat. Exempli gratia, huius praedium centum passus latum est, illius vero longe angustius, si haec coniungens communio inde utilitatem suppeditet, *ut* AEQUALITER, *non autem secundum cuiusque portionem, proventus inter socios dividatur, rationi consentaneum est.* Gelten nun auch die Novellen des Kaisers Leo, als solche, nicht, so dienten sie doch wenigstens zur Erläuterung des Justinianeischen Rechts. Es beweise daher diese Novelle wenigstens soviel, daß die Vertheilung des Gewinnes nach einem geometrischen Verhältniß der Einlagen immer durch einen besondern Vertrag unter den Gesellschaftern festgesetzt werden müsse, sonst finde eine arithmetisch gleiche Vertheilung, ohne Rücksicht auf die Größe ihrer Beyträge, Statt. Wer also sich diese nicht gefallen lassen wolle, müsse sich von seinem Mitgesellschafter die geometrische Proportion ausbedingen. Mit dieser Meinung, sagt man endlich, stünden auch die von den Gegnern angeführten *L. 6.* und *L. 80. D. h. t.* in keinem Widerspruche. Denn hier sey von dem Falle die Rede, wo die Bestimmung der Antheile eines Jeden am Gewinn, entweder einem der Gesellschaftsmitglieder, oder einem Dritten, als Schiedsmann, überlassen worden ist. Hierdurch, sagt man, hätten die Gesellschafter deutlich genug zu erkennen gegeben, daß sie es nicht bey dem, was die Regel mit sich bringt, und also nicht bey der arithmetischen Proportion haben bewenden lassen wollen. Allein wenn gleich diese Gründe an sich gar nicht unerheblich sind, so zweifle ich doch sehr, ob dadurch die erstere Meinung widerlegt werde; ich glaube vielmehr, daß sie selbst durch die *L. 29. pr. D. h. t.* noch

noch mehr bestärkt wird. Wenn nämlich Ulpian sagt: *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat*, so ist dieses unstreitig eine Regel, welche derselbe für den Fall aufstellt, wenn es ungewiß ist, wie viel jeder zum Gesellschaftsfonds beygetragen habe. Da hier im Zweifel keine Ungleichheit der Beyträge anzunehmen ist, so muß natürlich der Richter auch bey der Vertheilung des Gewinnes Kopftheile machen. In dieser Hinsicht sagt eben dieser Ulpian an einem andern Orte, *L.* 164. §. 1. *D. de Verb. Signif.* Partitionis nomen non semper dimidium significat: *sed si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur.* Daß aber Ulpian damit keinesweges habe sagen wollen, es müßten allemal Kopftheile gemacht werden, auch wenn es gewiß ist, daß die Einlagen der Gesellschaftsmitglieder ungleich waren, wenn sie nicht durch Vertrag ein anderes festgesetzt hätten, ergiebt sich aus den nachfolgenden Worten ganz deutlich. Ulpian wirft hier die Frage auf, ob der Vertrag gültig sey, wodurch die Gesellschafter unter sich ausmachen, daß der eine zwey oder drey Theile vom Gewinn haben, der andere aber sich mit einem Theile begnügen solle. Der römische Jurist entscheidet diese Frage so: der Vertrag sey zwar gültig, aber doch nur unter der Einschränkung, wenn derjenige, welcher einen größern Theil vom Gewinne erhält, auch mehr, als der andere, beygetragen hat, es sey durch Geld, oder Dienstleistung, oder durch irgend etwas Anderes. Galt also nach dieser Entscheidung Ulpians selbst der Vertrag nicht, wodurch eine den Beyträgen ungleiche Theilung war verabredet worden; so kann doch wohl Vertheilung des Gewinnes nach arithmetischer Proportion gewiß nicht die Regel seyn, welche der Natur des Contracts entspricht.

Her=

Hermann Cannegieter[s]) will zwar die Worte dieses Fragments für fehlerhaft halten, weil Justinian §. 1. *I. h. t.* die Regel ohne alle Einschränkung aufstellt: *Quod si expressae fuerint partes: hae servari debent*; ja sogar hinzufügt, man habe nie daran gezweifelt, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duae partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia. Kann also selbst bey gleichen Einlagen der Gesellschafter eine ungleiche Theilnahme am Gewinn und Verlust verabredet werden, so könne unmöglich wahr seyn, was Ulpian dort sagt. Er glaubt daher, es sey, um dem Gesetz einen vernünftigen Sinn zu geben, durchaus nothwendig, nach den Worten: placet valere, noch hinzuzufügen: *valet et*, si modo etc. welche leicht von dem Abschreiber könnten ausgelassen worden seyn. Der Sinn sey nun also der: eine ungleiche Vertheilung des Gewinnes könne durch Vertrag ausbedungen werden, sie finde aber auch ohne Vertrag wegen Ungleichheit der Einlagen statt. Allein wenn gleich auch selbst nach dieser Emendation die von mir behauptete Meinung, daß Gewinn und Verlust unter die Mitglieder einer Societät nach der Größe ihrer Einlagen zu vertheilen sey, unangefochten bleibt, so kann ich doch derselben keinen Beyfall geben, weil dadurch den Worten des Gesetzes ein offenbar falscher Sinn untergeschoben wird. Denn nicht zu gedenken, daß das Wort *modo*, welches hier soviel als nur bedeutet und ohne Zweifel eine Einschränkung des vorhergehenden Satzes anzeigen soll, als ganz überflüßig dastehen würde; so widerstreitet auch diese Emendation den Basiliken

s) Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 19. pag. 328.

liken [6]), in welchen es eben so, wie in unsern Pandecten, heißt: *δυνατὸν δὲ συμφωνεῖν, τὸν μὲν ἔχειν ἓν μέρος τὸν δὲ δύο ἢ τρεῖ, ἐάν μέντοι τι πλέον εἰσάγῃ τῇ κοινωνίᾳ, ἢ ἐν χρήμασιν ἢ ἑτέρῳ τινί* i. e. *Possunt autem convenire, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam: si modo plus aliquid conferat societati, vel pecuniae vel cuius alterius rei.* Die meisten Rechtsgelehrten [7]) erklären daher mit mir das Gesetz so, daß nach demselben der Vertrag nicht gelte, wodurch verabredet worden ist, daß der eine Gesellschafter einen größern Theil vom Gewinn haben solle, als der andere, wenn gleichwohl jener keinen größern Beytrag weder an Gelde noch an Arbeit gethan hat, als sein Mitgesellschafter. Dieses streng-geometrische Verhältniß, welches **Ulpian** bey dem Societätscontract beobachtet wissen will, und welches nicht einmal durch Nebenverträge, als der Natur des Contracts widerstreitend, abgeändert werden kann, ergiebt sich noch weiter aus den folgenden Worten der *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* Ita coire societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, *Cassius* putat. Quod ita demum valebit, ut et *Sabinus* scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est. *Plerumque* [8]) enim tanta est industria socii,

6) Tom. II. Lib. XII. Tit. 1. Const. 29. pr. pag. 6.

7) Nach Azo und Accursius DONELLUS Comm. ad L. 1. Cod. h. t. nr. 23. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 29. pr. D. h. t. *Io.* D'AVEZAN Contract. Lib. II. Tr. 3. §. *Qualitercunque.* in fin. pag. 106. HUBER Praelect. ad Instit. Lib III. Tit. 26. §. 3. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 19. NOODT Comm. h. t. §. *Satis.* u. a. m.

8) *Plerumque* heißt hier soviel als *persaepe.*

socii, ut plus societati conferat, quam pecunia; *item* [9]); si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo [10]) subeat solus. Es ist hier von einem solchen Nebenvertrage die Rede, wodurch unter den Gesellschaftsmitgliedern ausgemacht worden, daß der eine den Verlust allein tragen, und nur der Gewinn getheilt werden solle. Auch diesen Vertrag erklärt Ulpian nur unter der Einschränkung für gültig, wenn derjenige Gesellschafter, welcher an dem Verlust, den die Societät erleidet, gar keinen Antheil nehmen soll, soviel mehr zum Vortheil der Gesellschaft beyträgt, als sein Mitgesellschafter, daß dadurch die Ungleichheit gehoben wird. Kann man bey diesen klaren Beweisen noch läugnen, daß das geometrische Verhältniß der gesetzliche, der Natur des Contracts entsprechende, Maasstab bey der Vertheilung des Gewinnes unter den Gesellschaftsmitgliedern sey? und was kann nun wohl die oben angeführte Novelle des Kaisers Leo dagegen noch beweisen, da die Novellen dieses griechischen Kaisers überhaupt keine Gültigkeit haben, und auch der Nutzen, den einige [11]) denselben

9) Das *item* erklärt der griechische Scholiast der Basiliken Tom. II. pag. 29. C. durch τί γάρ, *quid enim* mit einem Fragezeichen am Ende dieser Periode. Baudoza lieset *id est*. Eben so Cod. Erlang.

10) Die florentinische Leseart *periculo subeat* ist der Haloandrinischen: *pericula subeat*, allerdings vorzuziehen. Denn der Ausdruck *subire periculo* ist eben so gebräuchlich, als *subire invidiae*, *subire labori*. S. *Bernh. Henr.* REINOLDUS Varior. cap. 10. in *Opuscul. iurid.* pag. 192. und *Io. Bernh.* KOEHLER Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 5. §. 12. pag. 54.

11) S. *Casp. Achat.* BECK de Novellis Leonis Aug. et Philos. earumque usu et auctoritate. §. 24.

selben bey der Erklärung des Justinianischen Rechts zuschreiben wollen, noch sehr zweifelhaft ist [12])? Es ist vielmehr nach der angeführten *L.* 29. *D. h. t.* ausser allen Zweifel, daß jeder Nebenvertrag ungültig sey, wodurch jene verhältnißmäßig gleiche Theilnehmung der Gesellschaftsgenossen am Gewinn und Verlust aufgehoben wird. Ulpian gedenkt §. 2. dieser *L.* 29. noch eines dritten Vertrags, welchen er für die allerunbilligste Art des Societätsvertrags hält. Es ist die sogenannte Löwengesellschaft (*societas leonina*) das ist, der Vertrag, vermöge welchen ausgemacht worden ist, daß der eine Gesellschafter gar keinen Antheil am Gewinn, sondern allen Schaden, der andere aber den ganzen Gewinn allein haben solle [13]). Diesen Vertrag erklärt Ulpian geradezu für nichtig, weil er ganz gegen das Wesen einer Gesellschaft streitet. Er sagt nämlich: *Aristo* refert, *Cassium* respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret: et hanc *societatem leoninam* [14]) solitum appellare. Et nos consentimus, talem

12) Man vergleiche hier vorzüglich *Car. Frid.* ZEPERNICK Animadvers. ad *Beckium* c. l. not. c. pag. 124. sq. und REITZ. Commentar. Quibus ex causis Novellae Leonis Sap in Germania receptae dici nequeant. Cap. I. §. 1—4. adj. BACHIO Nr. III. pag. 406—426.

13) *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. de societate leonina in EIUS Select. Iurisprud. civ. (*Gedani* 1728. 4.) P. I. Exercit. XIX. und *Christ. Henr.* ECKHARD Diss. de societate leonina ad L. 29. §. 2. D. pro socio. praes. *Io. Ge.* ESTOR. def. *Ienae* 1738.

14) Es bezieht sich dieser Name auf die bekannte Fabel des Aesop oder Phädrus, nach welcher der Löwe mit einigen andern

lem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret. Iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum,

dern Thieren, und zwar nach dem erstern mit einem Fuchs und Esel, und nach dem letztern aber mit einer Kuh, einer Ziege, und einem Schafe, eine Jagdgesellschaft errichtete, um die erhaltene Beute mit einander zu theilen, die Theilung aber nachher auf eine solche Art machte, daß er am Ende den ganzen Gewinn davontrug. Daß Cassius zuerst diesen Namen gebraucht, und zu dem Sprüchwort Veranlassung gegeben habe, wie *Scipio* GENTILIS Parergor. Lib. II. cap. 24. behauptet, ist eben so wenig zu glauben, als daß nach der Meinung des griechischen Scholiasten Tom. II. *Basilicor*. pag. 29. lit. C. Aristo der Erfinder desselben seyn sollte. Denn die Worte Ulpians: et hanc societatem *leoniam* SOLITUM appellare, beweisen, daß längst vor dem C. Cassius, und Titus Aristo die Löwengesellschaft zum Sprüchwort müsse geworden seyn. *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletamet. ad Pandect. Diss. XVI. §. 4. zweifelt überhaupt noch an der Richtigkeit des ganzen Namens, weil die Löwengesellschaft, von welcher jene Fabeldichter reden, keine rechte Aehnlichkeit mit derjenigen Art der Gesellschaft habe, von welcher Ulpian spricht. Er glaubt daher, man müsse statt *leonina* vielmehr *theonina* lesen. Denn das ausgezeichneteste Beyspiel eines neidischen und habsüchtigen Menschen hätten die Alten in der Person eines gewissen Theon aufgestellt, daher das Sprüchwort beym HORATIUS *Lib. I. Ep. 18. v. 84.* dente Theonino circumroditur. Allein dieser sinnreichen Conjektur widersprechen die *Scholia Basilicorum* Tom. II. pag. 29. Da heißt es: *Ἀρίστων ἀποδοκιμάζει τὸ τοιοῦτον εἶδος τῆς κοινωνίας, καὶ καλεῖ* ΛΕΩΝΙΝΑΝ *τουτέστιν ἁρπακτικὴν, διὰ τὴν τοῦ λέοντος φύσιν, πλεονέκτης γὰρ ὁ λέων τοῦ προσγεγονότος αὐτῷ θρέμματος ἕτερον μὴ ἀνασχόμενος θηρίον μετασχεῖν.* i. e.

num, non etiam lucrum spectet [15]). Da durch einen solchen Vertrag der ganze Gesellschaftscontract vernichtet wird, so findet auch hier nicht einmal eine reductio ad arbitrium boni viri Statt, denn man würde sonst dem Vertrage eine Wirkung beylegen, welche die Contrahenten schlechterdings nicht wollten [16]). Daß dieser Vertrag also nicht gültig sey, war wohl nur eine Stimme unter den römischen Rechtsgelehrten. Allein es entsteht die Frage, ob nicht in Ansehung der beyden vorhergehenden Verträge der §. 1. *l. h. t.* mit Ulpians Ausspruch im Widerspruche stehe? Justinian sagt nämlich in der angeführten Stelle seiner Institutionen: Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit: *aequales* scilicet *partes* et in lucro et in damno spectantur. *Quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent.* Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti

ARISTO *talem societatem improbat, et* LEONINAM *appellat, hoc est, rapacem propter leonis naturam ingeniumque. Est enim leo alieni avidus, nec in partem praedae alia admittit animalia, sed vel majorem praedae partem, vel etiam totam praedam sibi vindicat.*

15) Baudoza lieset *exspectet*, Cod. Erlang aber *sentiat*. Die Florentinische Leseart *spectet*, welche auch Haloander hat, verdient jedoch allerdings den Vorzug. Denn *spectare* für exspectare ist bey den Klassikern gar nicht ungewöhnlich. S. *Io. Bern.* KOEHLER Interpretation et Emendat. iuris Rom. lib. I. cap. 5. §. 12. pag. 55.

16) S. *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 11. pag. 568. *Osw.* HILLIGER ad *Donellum* Lib. XIII. cap. 16. lit. M. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. Lib. IV. cap. 14. nr. 19. und WILLENBERG cit. Diss. §. 5.

pacti sint, ut ad unum quidem duae partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia. Hier wird ganz allgemein zur Regel angenommen, was unter den Mitgliedern einer Gesellschaft über Theilnahme am Gewinn und Verlust ausdrücklich verabredet worden ist, soll gelten; namentlich aber wird die Convention für gültig erklärt, vermöge welcher verabredet worden ist, daß der eine Gesellschafter zwey Drittel, der andere aber nur ein Drittel am Gewinn und Verlust haben solle. Auf den Grund dieser Gesetzstelle behauptet daher auch Arnold Vinnius [17]), der Vertrag sey gültig, es sey von gleicher Theilnahme bey ungleichen Einlagen, oder von ungleicher Theilnahme bey gleichen Einlagen die Rede, wenn nur nicht die Gemeinschaft des Gewinnes ganz aufgehoben wird, weil darin das Wesen der Societät bestehe. Denn wenn gleich eine Gesellschaft nicht gelte, welche durchaus blos der Schenkung wegen errichtet wird [18]), so sey doch keinem Zweifel unterworffen, daß eine Gesellschaft, die nur zum Theil Schenkung ist, eben sowohl bestehen könne, als ein auf solche Art eingegangener Kauf [19]). Vielleicht habe auch Ulpian eben so gedacht, und nur etwa eine gar zu große Ungleichheit gemißbilliget. Ueberhaupt sey es ja wohl der Vernunft gemäß, daß die Contrahenten durch den Nebenvertrag etwas anders haben bewirken wollen, als was sich nach der Natur des Contracts schon von selbst verstand. Auch Christian Thomasius [20])

 glaubte,

17) Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 53.

18) *L. 5. §. 2. D. h. t.*

19) *L. 38. D. de contrah. emt. vendit.*

20) Schol. ad HUBERI Praelection. in Instit. h. t. §. 3.

glaubte, Tribonian sey in den Institutionen mit Ulpian nicht gleicher Meinung gewesen. Allein gerade der Grund, den er aus den Worten: *nec enim unquam dubium fuit* etc. hernimmt, dürfte mehr zur Widerlegung, als Bestärkung seiner Meinung dienen; und daß die vom Ulpian beygefügte Einschränkung: *si modo* etc. in den Institutionen nicht wiederholt ist, beweißt, wie schon Ulrich Huber [21]) in seiner Antwort auf das Scholium des Thomasius nicht unrichtig bemerkt, mehr einen Defect, als einen Dissensus. Man kann also immerhin sagen, Justinian habe die Nebenverträge insoweit gehalten wissen wollen, als sie dem wesentlichen Zweck des Gesellschaftscontracts nicht widerstreiten. Ja Justinian konnte wirklich in dem Falle, wovon er redet, den Vertrag ohne alles Bedenken für gültig erklären. Denn scheint auch gleich der Gesellschafter, welcher nur ein Drittel vom Gewinn erhält, während sein Mitgesellschafter zwey Drittel davon zieht, gegen die oben angeführte Regel einer verhältnißmäßigen Theilung benachtheiliget zu seyn, so wird doch diese Ungleichheit dadurch wieder gehoben, daß eben dieser Gesellschafter in dem Falle, da die Societät Schaden leidet, nur ein Drittel davon trägt, während der andere zwey Drittel übernehmen muß [22]).

Schwieriger noch ist die Vereinigung der *L.* 30. *D. h. t.* mit §. 2. *I. de societate.* Paulus sagt: *Mucius* lib. 14. scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni aliam lucri partem socius ferat. *Servius* in notatis *Mucii* ait, nec posse societatem ita contrahi:

21) Cit. loc.

22) Man sehe Ge. FRANTZKIUS Commentar. ad Dig. h. t. nr. 68.

bi; neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto; neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur: et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. Es ist hier von dem Falle die Rede, da unter den Gesellschaftern ist ausgemacht worden, daß der eine zwey Drittel vom Gewinn, und ein Drittel vom Schaden, der andere hingegen zwey Drittel vom Schaden, und ein Drittel vom Gewinn haben solle. So bestimmt diesen Fall **Justinian** §. 2. *I. h. t.* De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sint, *ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Sejum duae partes damni, lucri tertia:* an rata debeat haberi conventio? Daß **Quintus Mucius Scävola**, und **Servius Sulpicius** über die Gültigkeit dieses Vertrags verschiedener Meinung gewesen sind, und die Meinung des letztern den Vorzug erhalten habe, erhellet nun zwar aus den Institutionen klar, allein aus jener Stelle der Pandecten desto weniger. **Justinian** sagt nämlich in dem §. 2. *h. t.* QUINTUS MUCIUS contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. SERVIUS SULPICIUS (cuius sententia praevaluit) contra sensit: *quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit conditione meliore in societatem admitti.* Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra QUINTI MUCII sententiam obtinuit, ut illud quo-

que

que constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur; quod et ipsum SERVIUS convenienter sibi fieri existimavit. *Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit: compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse.* Um diese Stelle der Institutionen mit jener Pandectenstelle zu vereinigen, und den eigentlichen Sinn der letztern zu entwickeln, war schon längst das eifrigste Bestreben der berühmtesten Rechtsgelehrten. Nimmt man die Leseart, so wie sie Torelli aus der Florentinischen Handschrift hat abdrucken lassen, und alle bekannte Handschriften, und Ausgaben ohne eine wesentliche Abweichung [23]), auch die Basiliken damit übereinstimmen, als richtig an; so scheint Servius mit des Scävola Meinung ganz einverstanden zu seyn. Denn beyde sagen ja mit denselben Worten, es könne keine Gesellschaft auf eine solche Art errichtet werden, daß ein Gesellschafter einen andern Theil vom Gewinn, und einen andern vom Verlust haben solle. Da nun gleichwohl Justinian das Gegentheil lehrt, auch sonst bekannt ist, daß Servius in mehreren Fällen von der Meinung des Mucius Scävola abgewichen sey, ob er gleich zuweilen seinen Lehrer ganz ohne Grund getadelt hat [24]); so hat es, der über-

23) Nur Haloander und Baudoza lesen: *Servius* ETIAM *in* NOTIS *Mucii ait*, NON *posse* etc.

24) Nach GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. IV. c. 1. hatte Servius Sulpicius ein eigenes Buch unter dem Titel *reprehensa Scaevolae capita* geschrieben. Wie ungegründet er zuweilen den Scävola tadelt, lehrt *L.* 76. *D. de furt.* S. *Fr.* BALDUINUS in Iurisprud. Muciana. pag. 154. *Ev.* OTTO Serv. Sulpicius. Cap. 7. §. 7. und *Ge.* D'ARNAUD Vitae Scaevolarum. Diss. postuma. *Traj. ad Rhenum* 1767. §. 37. *pag.* 105.

übereinstimmenden Leseart ungeachtet, die Critik gewagt, durch Emendation eine Vereinigung zu vermitteln. Man glaubt, der Fehler liege in den Worten *nec posse*, welcher vielleicht älter sey, als die Basiliken, und selbst die Pandecten. Für *nec* will daher **Joh. Cannegieter** [25]) *haec* lesen, und verbindet dieses mit dem Worte *ait*, so daß er nach *haec* ein Comma setzt, nämlich so; *Servius in notatis Mucii ait* HAEC, *posse societatem ita contrahi.* **Cornel. Anton van Wachendorf** [26]) hingegen läßt das Unterscheidungszeichen nach ait, und lieset ET *posse* statt *nec posse*. Denn eine Verwechselung der Partikel ET mit *nec* sey sowohl bey den Klassikern [27]) als in unsern Pandecten [28]) nichts Ungewöhnliches. **Hermann Cannegieter** [29]) substituirt für nec, *recte*. Nach diesen Emendationen wäre nun der Dissensus zwischen **Scävola** und **Servius** offenbar. **Jac. Voorda** [30]) läßt hingegen das Wort *nec* unverändert, und schaltet nur noch das Wort *male* ein, so wie Ulpian *L.* 8. u. *L.* 14. *D. de inoff. testam.* sagt; *Non male* PAPINIANUS lib. II. Responsorum refert.

Nach

25) Observation. Cap. 4.

26) Specim. exhib. Observationes ad leges quasdam ex iure civ. *Traj. ad Rhenum* 1756. Cap. 1. §. 1. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nova Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 162.)

27) S. MARTIALIS *Lib. X. Epigr.* 2. *v.* 11. et saecula prosunt, statt *nec secula prosunt*. S. SCRIVER. ad Eund. pag. 217.

28) S. *L.* 23. *D. de furt.* wo für *nec ope impuberis* vielmehr *et ope impuberis* zu lesen ist. S. *Siegm. Reich.* IAUCHIUS de negation. Pandect. Florent. pag. 129.

29) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 2.

30) Elector. cap. 2.

Nach dieser Verbesserung wäre nun also zu lesen: *Servius* in notatis Mucii ait, *nec male*, posse societatem ita coiri. Allein Püttmann [31]) hat dagegen sehr richtig erinnert, daß wenn Servius wirklich der Meinung gewesen wäre, welche ihm hier beygelegt wird, der in dem Gesetz angeführte Grund, wodurch diese Meinung bestärket wird, gar nicht passen würde. Er ändert daher in den Worten des Gesetzes nichts, sondern glaubt, Scävola habe nur den Vertrag für ungültig gehalten, nach welchem ein Gesellschafter einen andern Theil vom Gewinn, als vom Verlust haben solle. Servius hingegen habe gemeint, ein solcher Vertrag könne auch nicht einmal de facto, wie man zu sagen pflegt, errichtet werden; er sey an sich gar nicht denkbar, weil sich Gewinn ohne Abzug des Schadens so wenig, als Verlust ohne Abzug des Gewinnes denken lasse. Die Worte *non posse* und *nec posse* wären also hier in einer zweyfachen Bedeutung zu nehmen. Bey der Meinung des Mucius hießen sie, der Vertrag sey ungültig, bey der Meinung des Servius aber, der Vertrag sey in facto unmöglich. Eine solche Figur, welche man *πλοκή* nennt, sey auch in den Gesetzen gar nichts Ungewöhnliches, wie Wilhelm Pauw [32]) und Eckhardt [33]) durch mehrere Beyspiele bewiesen hätten. Ein wahrer Dissensus zwischen Servius und Scävola sey also nicht abzusehen, und Justinian habe den Servius offenbar nicht verstanden, sondern ihm eine Meinung angedichtet, die er selbst verworffen hätte. Dagegen

31) Interpretat. et Observation. lib. sing. Cap. 18.

32) Var. iuris civ. Cap. 3.

33) Hermeneut. iuris §. 98.

gen hat nun zwar **Joh. Bernh. Köhler** [34]) den sehr gegründeten Zweifel erhoben, daß man unmöglich die Verfasser der Institutionen einer solchen Unwissenheit fähig halten könne, Controversen der alten römischen Rechtsgelehrten zu erträumen, die nie existirt hätten, weil ja die Schriften des **Mucius** und **Servius** damals noch vollständig vorhanden gewesen wären; ob aber seine eigene Conjectur nicht zu gewagt sey, mögen andere beurtheilen. Er meint nämlich, die Worte: *nec posse societatem ita contrahi* giengen auf eine solche Gesellschaft, von welcher **Ulpian** am Schluß der unmittelbar vorhergehenden Gesetzstelle geredet hatte, vermöge welcher nämlich der eine allen Gewinn allein haben, der andere allen Schaden allein tragen solle. Der Sinn dieser Stelle sey also der: SERVIUS *et ipse idem ait, quod in priori lege* ULPIANUS, *talem societatem coiri non posse, ut alter lucrum, alter damnum tantum sentiat.* **Everh. Otto.** [35]) hat nicht Unrecht, wenn er sagt, man könne sich über die schwierige *L.* 30. *h. t.* gar keinen bessern Commentar wünschen, als welchen uns **Justinian** §. 2. *I. h. t.* gegeben hat. **Justinian** sagt nämlich, man habe über die Frage gestritten, ob eine Societät auf eine solche Art errichtet werden könne, daß ein Gesellschafter einen andern Theil vom Gewinn und einen andern vom Verlust haben solle. **Quintus Mucius** glaubte, ein solcher Vertrag könne nicht gelten, denn er streite gegen die Natur einer Gesellschaft, welche gleichmäßige Theilnahme am Gewinn und Verlust erfordert. **Servius Sulpicius** gab dem **Scävola** hierin nicht

34) Interpretation. et Emendation. Iuris Romani Lib. I. cap. 5. §. 12.

35) *Servius Sulpicius Rufus.* Cap. VII. §. 7.

nicht ganz Unrecht; wenn man die Meinung desselben so versteht, daß es nicht angehe, daß vermöge jenes Vertrages der eine Gesellschafter einen andern Theil von jedem einzelnen Gewinn, der gemacht wird, und einen andern Theil von jedem einzelnen Schaden, den die Gesellschaft erlitten hat, erhalte. Denn es würde daraus eine gar zu große Unbilligkeit entstehen, welche allerdings gegen die Natur des Contracts streitet. **Reinhard Bachov**[36]) und **Franz Hotoman**[37]) haben auch dieses genau bemerket. Allein darin ging **Servius** von der Meinung des **Scävola** ab, daß der Vertrag alsdann nicht für ungültig zu halten sey, wenn verabredet wird, daß ein Socius einen andern Theil von dem Gewinn, der nach Abzug alles Schadens, und einen andern Theil von dem Schaden, der nach Abzug alles Gewinnes übrig bleibt, erhalte. Ein solcher Vertrag streite nicht gegen die Natur einer Gesellschaft, besonders wenn die Dienste, welche der Gesellschaft von dem begünstigten Socius geleistet werden, von solchem Werth sind, daß dadurch alles wieder gleich gemacht wird. **Theophilus** in seiner griechischen Paraphrase[38]) erläutert dieses noch durch folgendes Beyspiel: *οἷον, ἐνεπορεύοντο ἀνδράποδα καί ἐσθῆτα, ἐν τῇ ἐμπορίᾳ τῆς ἐσθῆτος ζημία γέγονεν ἑκατόν νομίσματα, ἐν δὲ τῇ πραγματείᾳ τῶν οἰκετῶν κέρδος περιεποιήθη τὰ νομίσματα· ἐξαιρεῖται πρότερον τὰ ἑκατὸν νομίσματα τά τῆς ζημίας, ὥστε ἐκείνην θεραπευθῆναι ἐκ τοῦ κέρδους τῶν τ' νομισμάτων,*

36) Notae et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXVII. Th. 9. lit. B.

37) Commentar. ad §. 2. I. h. t. pag. 368. (*Lugduni* 1588. f.)

38) Lib. III. Tit. 25. §. 2. Tom. II. pag. 691. *edit Reitz.*

μάτων, καὶ τὰ σ' μερισθήσεται μεταξὺ τῶν κοινωνῶν. κατὰ τὰ γενόμενα πάντα. i. e. *veluti, negotiabantur mancipiis et vestimento; in negotiatione vestimenti damnum factum est centum aureorum, in servorum vero negotiatione lucrum acquisitum est trecentorum aureorum: eximuntur primo centum aurei, qui in damno sunt, ut hoc resarciatur ex lucro trecentorum aureorum; et ducenti aurei inter socios secundum pacta conventa dividentur.*

Nach heutigen Rechten gelten Nebenverträge, wodurch eine unverhältnißmäßige Theilung bestimmt worden ist, unbedingt [39]), und selbst die sogenannte Löwengesellschaft gilt heutiges Tages, wenn nicht als ein eigentlicher Gesellschaftscontract, doch als ein Pactum, wenn nämlich in facto kein Zweifel obwaltet, daß man wirklich diese Ungleichheit gewollt habe; volenti enim non fit iniuria. Es kann aber freylich in Ermangelung eines hinlänglichen Beweises dergleichen Absicht nicht vermuthet werden, sondern es ist vielmehr bey zweifelhaften Ausdrücken jede Erklärung des Contracts zu verwerffen, welche zu einer societas leonina führen würde [40]). Ja es

39) S. LAUTERBACH Colleg th. pr. Pand. h. t. §. 19. STRYK Us mod. Pand. h. t. §. 15. et 16. VINNIUS Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 53. in fin. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 494. de CANNGIESSER Decis. Hasso-Cassell. Tom. I. Decis. I. nr. 36. Orth Anmerkungen zur Frankf. Reformat. 2. B. S. 512. und Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 1. B. §. 118.

40) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 84. S. 457. und Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 883. a. E.

es gilt nicht nur z. B. eine societas leonina als Pactum, sondern man kann auch mit Grund behaupten, daß sie schon nach dem neuern römischen Recht, als ein pactum de donando, vermöge der *L.* 35. §. *ult. Cod. de donat.* verbindlich sey [41]).

§. 967.

Treue der Gesellschafter. Wohlthat der Kompetenz.

Der Societätscontract begründet zwischen den Gesellschaftern gewissermaßen Fraternitätsverhältnisse. So unbefangen daher das Zutrauen ist, welches Gesellschafter zu einander haben, so gerecht ist auch die Erwartung der strengsten Redlichkeit derselben. Mit Recht bestrafen daher die Gesetze das getäuschte Vertrauen mit Infamie [42]); billig müssen sich aber auch die Gesellschafter, den Brüdern gleich, die Rechtswohlthat der Competenz (§. 897.) einander zugestehen. Ob aber diese Wohlthat den Gesellschaftern ohne Unterschied zustehe, die Gesellschaft sey eine universelle oder particulaire, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere [43]) wollen sie nur den in einer allgemeinen Gütergemeinschaft stehenden Gesellschaftern einräumen.

41) S. de BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 31. not. 4. *Ev.* OTTO Comment. ad §. 2. I. h. t. nr. 5. in fin.

42) *L.* 1. *L.* 6. *§. ult. D. de his, qui not. infam.* §. 2. *I. de poena temere litigant.* CICERO *pro Roscio Com. c. 6. et pro Rosc. Amerin. cap* 40.

43) *Iac.* CUJACIUS in *Iul. Paulo.* libr. 32. ad Edictum ad L. 67. D. h. t. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XLVI. not. l. und Thibaut System des Pandektenrechts 2. B. §. 882 a. E.

räumen. Allein die meisten Rechtsgelehrte
Meinung, daß sie auch den particulairen
nicht zu versagen sey, wenn sie wegen einer
schuld, die sie nicht ganz zu bezahlen verm
actio pro socio belangt werden. Der Grund dieses Dissensus ist, weil zwey Gesetzstellen in unsern Pandecten, welche hiervon handeln, sich widersprechen.

a) *L. 63. pr. D. pr. D. pro socio.* Dieses Fragment ist aus ULPIANI *libro* 31. *ad Edictum*, und lautet folgendermassen. Verum est, quod *Sabino* videtur, *etiam si non universorum bonorum socii sint, sed unius rei,* attamen in id, quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint, quominus possint, condemnari oportere: hoc enim summam rationem habet, *cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.* Nach den klaren Worten dieser Gesetzstelle hat also der socius rei certae so gut, wie der socius universorum bonorum, die Wohlthat der Competenz. Allein eben derselbe Ulpian lehrt an einem andern Ort, *libro* 63. *ad Edictum*, gerade das Gegentheil, nämlich

b) *L. 16. D. de re iudicata.* Sunt, qui in id, *quod facere possunt*, conveniuntur, id est, non deducto aere alieno. Et quidem sunt hi fere, qui *pro socio* conveniuntur. *Socium autem omnium bonorum accipiendum est.*

Nach

44) *Io.* D'AVEZAN Contract. libr. II. Tr. 3. §. *Caeterum.* pag. 109. LAUTERBACH Colleg. th pr. Pand. h. t. §. 29. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 20. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 2007. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. 1. §. 532. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institut. §. 912.

Nach diesem Gesetz hat also nur der socius omnium bonorum die Rechtswohlthat der Competenz. Man hat Versuche von mancherley Art gemacht, um beyde Gesetze mit einander zu vereinigen.

1) Durch Hülfe der Kritik. Hier theilen sich die Kritiker in zwey Partheien. Nach einigen [45]) sollen nämlich die Worte: *Socium autem* etc. ein unächter Zusatz von Irnerius, oder einem andern alten Ausleger seyn, der sich schon durch die fehlerhafte Latinität verrathe, wes Geistes Kind er sey. Denn es müßte ja heissen: *Socius — accipiendus est*. Allein dieser Grund ist viel zu schwach, um den Verdacht einer Verfälschung zu erwecken. Denn daß eine solche Construction, wo das Gerundium nach Art der Griechen gebraucht wird, sehr häufig sowohl in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten, als bey den Klassikern vorkommt, haben Forster [46]), Noodt [47]) und Jensius [48]) aus vielen Beyspielen erwiesen. Haloander und Baudoza lesen zwar: *Socius autem omnium bonorum accipiendus est*. Allein die florentinische Leseart läßt sich vollkommen rechtfertigen. Andere halten nun zwar diese Worte für keinen unächten Zusatz, sie glauben aber doch

45) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 63. pr. h. t. *Elb.* LEONINUS Emendation. Lib. VI. cap. 14. und *Iust. Henn.* BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 24.

46) Observation. subseciv. Lib. I. cap. 1. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 905.)

47) Lib. sing. ad Edictum Praetoris de pactis et transaction. cap. 25. (*Oper.* T. I. pag. 554.)

48) Stricturae ad Rom. iuris Pandectas et Cod. pag. 439. et in ampliata Demonstrat. praemiss. Art. 5. pag. 9.

doch, daß ohne Emendation eine Vereinigung beyder Stellen nicht möglich sey. Marquard Freher [49]) verwandelt daher das socium autem omnium, in *socium etiam non omnium.* Gerhard Noodt [50]) supplirt nach Accursius das Wort *maxime*, und Herrmann Cannegieter [51]) lieset statt *omnium bonorum*, *omnem bonorum*, und bezieht das *omnem* auf *socium*. Allein daß der Text unverdorben auf unsere Zeiten gekommen sey, beweisen, ausser der Auctorität der Florentinischen und anderer bewährten Handschriften, auch insonderheit die Basiliken [52]), in welchen die Worte: ὡς ὁ πάντων τῶν πραγμάτων κοινωνὸς ἐν τῇ κοινωνίᾳ dem lateinischen Text vollkommen entsprechen. Viele haben daher ohne alle Veränderung der Leseart

2) durch Interpretation jene Gesetzstellen mit einander zu vereinigen gesucht. Hier sind aber wieder die Meinungen getheilt. Einige [53]) sagen, es sey allerdings wahr, daß dem socius particularis so gut, wie dem socius omnium bonorum, die Wohlthat der Competenz zustehe; allein darin hätten

49) Verisimil. Lib. I. cap. 5. (in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 643.)

50) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Etiamne* pag. 385.

51) Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 19 pag. 329. sq.

52) Tit. I. Lib. 9. Tit. 8. pag. 505.

53) *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXII. Th. 8. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 38. I. de actionib. *Th.* MARCILIUS ad eund. §. 38. I. de act. in *Ian.* a COSTA Comment. ad Institut. pag. 562. *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφαν. s. Legg. conciliatar. Cent. IV. Qu. 100. *Io. Henr.* BERGER Resolution. Legg. obstant. h. t. Qu. 5. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.

hätten die Gesetze einen Unterschied gemacht, daß der in einer allgemeinen Güttergemeinschaft stehende Gesellschafter diese Wohlthat, den Eltern gleich, in jedem Falle habe, dem socius particularis aber dieselbe nur in dem Falle zustehe, wenn er wegen einer Gesellschaftsschuld mit der actio pro socio belangt wird, weil ein solcher Gesellschafter nur in Rücksicht der gesellschaftlichen Angelegenheiten als ein Bruder des andern zu betrachten sey. Von jenem Falle sey die *L.* 16. *D. de re iudic.* von diesen aber *L.* 63. *pr. D. h. t.* zu verstehen. Allein dieser Erklärung steht entgegen, daß in beyden Stellen zur ausdrücklichen Bedingung, unter welcher einem Gesellschafter die Wohlthat der Competenz zusteht, gemacht ist, wenn er aus dem Societätscontract belangt wird. Eben dieses sagt auch Justinian §. 38. *I. de actionib.* ausdrücklich: Item si socius cum socio *iudicio societatis* agat, non plus actor consequitur, quam adversarius eius facere potest. Andere [54]) halten daher mit mehrerem Grunde dafür, daß die *L.* 16. *D. de re iudic.* aus der *L.* 63. *D. h. t.* zu ergänzen sey. Der Prätor hatte nämlich in seinem Edict gesagt: *Si solvendo non sit socius, in eum, in quantum facere potest, causa cognita, iudicium dabo* [55]). Ulpian, der dieses Edict erklärte, lehrt nun *L.* 16. *D. de*

54) *Franc.* DUARENUS ad Tit. Dig. de re iudicata ad L. 16. cit. *Operum* pag. 682. *Nic. de* PASSERIBUS Conciliat. Leg. pag. 324. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 20. *Io Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. lectionum Lib. II. Cap. 16. §. 3. pag. 278. sqq. *Regner.* SWANENBURG Specim. de beneficio competentiae. *Lugd. Bat.* 1765. §. 5. und Christoph. Christ. Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger Kap. 7. S. 160 — 162.

55) *L.* 22. §. 1. *D. de re iudicata.*

de re iudicata, der Prätor habe diese Wohlthat eigentlich nur dem socius omnium bonorum gegeben, nicht dem socius certa rei, weil hier schon die Natur der Societät dieselbe auszuschliessen schien, indem die Competenz nur mit Hinsicht auf das gesammte Vermögen gedacht werden kann, und die Societätsverhältnisse sich doch hier nur auf eine gewisse Sache, oder auf einen Theil des Vermögens einschränkten. Allein Sabinus ging weiter, als der Prätor. Er behauptete, wahrscheinlich zuerst, daß auch den Sociis rei certae die Competenz billig zu gestatten sey, wenn sie der Gesellschaft schuldig sind, und aus dem Societätscontract belangt werden. Ließ sich gleich hier die Competenz nicht so, wie in jenem Falle, aus dem Vermögensverhältniß ableiten, so trat doch hier der Grund des Fraternitätsverhältnisses ein, welches durch den Societätscontract zwischen den Gesellschaftern hervorgebracht wird. Es kann wohl seyn, daß diese neue Lehre des Sabinus anfangs nicht durchgehends Beyfall fand; allein Ulpian pflichtete ihr wenigstens bey, *L. 63. pr. D. h. t.* und drückt sich darüber so aus, daß man sieht, es müsse dieses schon zu seinen Zeiten eine ziemlich entschiedene Wahrheit gewesen seyn. Es versteht sich übrigens, daß sich der socius, welcher sich dieser Rechtswohlthat bedienen will, keinen Betrug, noch sonstige Veruntreuung habe zu Schulden kommen lassen [56]. Es ist noch in Absicht auf die Berechnung der Competenz der Unterschied merkwürdig, daß bey einem Universalgesellschafter von einem Voraus-abzuge

56) *L. 24. §. 1. D. de re iud.* Eine bloße zu Schulden gebrachte Culpa macht ihn dieser Wohlthat nicht verlustig. *L. 63. §. 7. D. h. t.*

abzuge anderer Schulden die Rede nicht seyn kann. Denn dafür haftet ohnehin das Totalvermögen der Gesellschaft, an welche sich hier der Gläubiger schlechthin hält. Hieher gehört, ausser der oben angeführten *L. 16. De de re iudicata*, noch *L. 27. D. h. t.* wo **Paulus** sagt: *Omne aes alienum*, quod manente societate contractum est, *de communi* solvendum est. Ein anderer Gesellschafter darf zwar seine Schulden an dritte Personen ebenfalls nicht vorerst abziehen, ausgenommen sind jedoch die, welche aus gesellschaftlichen Geschäften herrühren. Denn diese muß der socius, der sie gemacht hat, direct aus seinem Beutel bezahlen, und die Gesetze glaubten hier, solche Schuldforderungen zur Erleichterung des verarmten Socius privilegiren zu dürfen [57]). **Ulpian** sagt daher *L. 63. §. 3. D. h. t.* Id, quod facere socius potest, quemadmodum aestimandum sit? Et placuit, *non debere deduci aes alienum, quod debetur a socio.* Ita et MARCELLUS libro 7. Digestorum scripsit: *nisi forte*, inquit, *ex ipsa societate debeatur.* Aus dem Fraternitäts-Verhältniß der Gesellschafter leitet man auch noch die Folge her, daß es die socii bey Ablegung der Rechnung nicht gar zu streng mit einander nehmen dürfen. Man fordert daher nicht überall eine besondere Bescheinigung von dem Rechnungsführer, sondern überläßt besonders die kleinern Posten seiner blossen Angabe auf guten Glauben oder seiner eidlichen Bestärkung [58]).

§. 968.

57) S. Fr. Schömans Handbuch des Civilrechts. 2. Band. Nr. IV. S. 70. ff.

58) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXXIV. medit. 9.

§. 968.

Gegenseitige Verbindlichkeiten der Gesellschafter.

Die besondern Verbindlichkeiten der Gesellschaftsmitglieder gegen einander bestehen darin.

I. Jeder Gesellschafter ist verbunden, die versprochenen Beyträge einzubringen, und

II. Die Societätsgeschäfte mit gehörigem Fleiß zu besorgen. Zu welchem Grade des Fleißes ein Gesellschafter verpflichtet sey, war ehemals unter den römischen Juristen streitig [59]). Einige glaubten, er brauche nur für Arglist, und grobe Nachläßigkeit zu stehen. Denn es müsse hier eben so seyn, wie beym Depositum, weil man sich seinen Gesellschafter wählt; man habe es sich also selbst zuzuschreiben, wenn man einen nachläßigen Menschen gewählt hat. Ein anderer Grund scheint noch der gewesen zu seyn, daß ein Socius, wenn er nachläßig ist, nicht blos in fremden, sondern auch zugleich in seinen eigenen Sachen nachläßig ist. Allein der römische Jurist Celsus war der Meinung, daß ein Socius nicht blos für den Dolus, sondern auch für Culpa verantwortlich sey, wenn er auch gleich der Gesellschaft blos Dienste leistet. Denn er nimmt für seine Dienstleistung Antheil am Gewinn, und hat daher vor andern Gesellschaftern, seiner Kunst

59) S. §. 9. *I. h. t.* *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 33. §. 2. (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 62.) *Guil.* PROUSTEAU Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iuris Cap. 20. §. 21. et 22. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 529.) *Iac.* CUJACIUS Recitation. solemn. in Cod. ad h. Tit. *Ian a* COSTA Comment. ad §. 9. I. h. t. *Ev.* OTTO Comm. ad eund. §. I. h. t. und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Altera.* pag 384.

und Geschicklichkeit wegen, nichts voraus. Unter der culpa, welche hier dem dolus entgegengesetzt wird, ist aber culpa levis zu verstehen, welche durch Unthätigkeit begangen wird. Cajus erklärt diese culpa durch *desidia atque negligentia L. 72. D. h. t.* Durch diese Benennungen aber bezeichnen die Gesetze immer nur culpose Unterlassungen, schädliche Unthätigkeit [60]). Ulpian trat auch der Meinung des Celsus bey, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 52. §. 2. D. h. t. Hier sagt Ulpian: Utrum tantum dolum, an etiam *culpam* praestare socium oporteat, quaeritur? Et CELSUS *libro 7. Digestorum* ita scripsit: *Socios inter se dolum et culpam praestare oportet.* Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, — ibi etiam *culpa* praestanda est: *pretium enim operae artis est velamentum* [61]). Quodsi rei communi socius nocuit, magis admittit, *culpam* quoque venire.

Daß man nicht den höchsten Grad des Fleißes von einem Gesellschafter verlangen konnte, war wohl der Natur der Sache gemäß. Denn der Societätscontract gehört ja zu den Contracten, aus welchen beyde Contrahenten

60) S. von Löhr Theorie der Culpa. §. 10. u. 11. Besonders Schömans Lehre vom Schadensersatz. 1. Th. S. 77. ff.

61) Man sehe über diese Stelle §. 965. Not. 80. S. 396. f. Ich füge hier nur noch die Erklärung aus PÜTTMANNI Interpretation. et Observation. iuris Rom. Cap. 28. §. 2. pag. 137. hinzu, welcher diese Stelle so versteht: *Pretium enim* sc. rei, quam alter confert socius, *operae artisve velamentum*, i. e. redhostimentum, seu pensatio *est*.

ten gleichen Nutzen haben. Nach welchem Maasstabe aber jene culpa levis zu bestimmen sey, für welche man den Socius nach der herrschend gewordenen Meinung des Celsus verantwortlich machte, ob nach dem gemeinen Fleiße eines jeden guten Hausvaters, oder nach der individuellen Thätigkeit, mit welcher er seine eigenen Geschäfte zu betreiben pflegt? ist eine Frage, über welche Ulpian und Cajus nicht mit einander übereinzustimmen scheinen. Nach Ulpian ist der Gesellschafter schlechthin für eine solche Culpa tenent, wofür jeder gute Hausvater haftet. Er sagt nämlich *L.* 5. §. 2. *D. Commodati*: Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote: ut in pignore, *ut* in *societate*, *et dolus et culpa praestatur*. Eben dieses sagt er nochmals *L.* 23. *D. de div. reg.* Ganz anders lehrt Cajus *L.* 72. *D. h. t.* Socius socio, sagt er, etiam *culpae nomine* tenetur, id est, desidiae atque negligentiae. *Culpa* autem non *ad exactissimam diligentiam* dirigenda est: *sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.* Nach Cajus steht also der Gesellschafter nur für culpa levis in concreto, das heißt, für eine solche Sorglosigkeit, welche er in seinen eigenen Geschäften sich nicht zu Schulden kommen läßt. Eben dieses bestätigt auch Justinian in seinen Institutionen, welche Stelle uns darum merkwürdig ist, weil man daraus sieht, daß die ältern römischen Rechtsgelehrten über die von einem Gesellschafter zu vertretende Culpa verschiedener Meinung waren. Es ist §. 9. *I. h. t.* wo es heißt: Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo com-

commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam *culpae*, id est, *desidiae atque negligentiae nomine:* quaesitum est? Praevaluit tamen, etiam *culpae nomine* teneri eum. *Culpa* autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. *Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet.* Nam qui parum diligentem socium sibi assumit; de se queri, sibique hoc imputare debet. Wenn man den vom Cajus angeführten Grund in Erwägung zieht, so ist wohl die Vereinigung zwischen ihm und Ulpian nicht schwierig. Da wo dem andern Contrahenten keine Unvorsichtigkeit in der Wahl seines Mitgesellschafters zur Last fällt, erwartet er mit Recht von seinem Mitcontrahenten die Achtsamkeit eines guten Hausvaters. Kannte hingegen der Socius seinen Compagnon schon aus seiner bisherigen Handlungsweise, oder konnte er ihn leicht kennen lernen, und er wählte ihn doch, so kann er auch wohl natürlich keine andere in den Gesellschaftsangelegenheiten erwarten, und diese Thätigkeit, mit welcher der angenommene Socius seine eigene Geschäfte zu betreiben pflegt, wird dann billig auch der Maasstab seyn, wornach seine Verantwortlichkeit für Versehen in Gesellschaftsgeschäften zu bemessen ist [62]). Für ein grobes Versehen (culpa lata) haftet aber doch ein Gesellschafter auf jeden Fall, weil dieses dem Dolus gleichgeachtet wird. Zuweilen muß auch der Socius für das geringste Versehen stehen, nämlich a) wenn sich dasselbe durch positive schäd-

62) S. D. Franz Eichmanns Lehre vom Schadenersatz 1. Th. S. 149. ff.

schädliche Thätigkeit äusserte [63]). Denn diese ist dem Aquilischen Gesetz unterworffen, welches auf keinen Grad der Culpa Rücksicht nimmt. Ulpian überzeugt uns selbst hiervon *L.* 47. §. 1. *D. pro Socio*, wo er sagt: Si damnum in re communi socius dedit, *Aquilia teneri eum*, et CELSUS et JULIANUS et POMPONIUS scribunt. b) Wenn sich der Gesellschafter zu Diensten verpflichtete, welche eine gewisse Kunst und Geschicklichkeit voraussetzen. Auch hier erwartet man die möglichste Vorsicht [64]). c) Wenn eine gemeinschaftliche Sache bey ihm diebisch entwendet worden ist. Denn in Beziehung auf das furtum muß auch der Gesellschafter custodiam prästiren, das heißt, die möglichste Achtsamkeit in Abwendung desselben anwenden [65]). Uebrigens steht er für keinen zufälligen Schaden. Hierüber belehrt uns Ulpian *L.* 52. §. 3. *D. h. t.* auf folgende Art: Damna, quae *imprudentibus* accidunt, hoc est, *damna fatalia*, *socii non cogentur praestare.* Ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune dam-

63) S. Schömanns angef. Lehre a. a. O. Not. *) S. 149. u. S. 46. ff. auch D. Gottl. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts 1. Band §. 535.

64) *L.* 52. §. 2. *D. h. t.* *L.* 13. §. 5. *L.* 25. §. 7. *D. Locati.* S. *Hyeron. de* OROZ *de Apicibus iuris civ.* (*Lugd.* 1661. f.) Lib. V. cap. 5. nr. 20. pag. 367. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. und Hufeland in dem angef. Lehrbuch 1. Th. §. 535. Not. d.

65) THEOPHILUS in *Paraphr. graec.* Lib. III. Tit. 23. §. 2. sagt *Custodia*, ἐστιν ἡ ἀκριβεστάτη καὶ ὑπερβάλλουσα παραφυλακή, i. e. *diligentissima et exactissima servatio.* Man sehe von Löhr Beyträge zur Theorie der Culpa. IV. S. 163. ff.

damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum corpus acceperit. *Quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est: quia custodiam praestare debuit; qui aestimatum accepit* [66]). Es ergiebt sich hieraus

III. die Verbindlichkeit eines Gesellschafters zum Ersatz a) des durch bösen Vorsatz und b) durch jedes Versehen in positiven Handlungen zugefügten; nicht minder c) durch ein mittleres Versehen aus Unterlassung hausväterlicher Sorgfalt, oder auch d) durch eine größere Sorglosigkeit, als er in seinen eigenen Geschäften sich zu Schulden kommen läßt, entstandenen Schadens, und er kann hierbey nichts auf den Vortheil abrechnen, den er in andern Geschäften der Societät verschaft hat [67]).

L. 23. §. 1. *D. h. t.* Idem (POMPONIUS) quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat. Et ait compensandum. Quod non est verum, Nam et MARCELLUS *libro* 6. *Digestorum* scribit, si servus unius ex sociis, societati a domino praepositus, negli-

66) Man sehe über diese Stelle den 4. Th. dieses Commentars §. 321. Not. 8. S. 323. und *Io.* JENSII Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 129. sqq.

67) S. *L.* 47. §. *fin.* *L.* 48 — 50. *D. h. t.* *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. T. II. Lib. VII. cap. 13. pag. 547. sqq. *Io.* D'AVEZAN Contractuum. Libr. II. Tr. 3. §. *Ex his*, p. 106. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Exposita*. p. 385. und COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 10.

negligenter versatus sit, dominum societati, qui praeposuerit, praestaturum: *nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno.* Et ita DIVUM MARCUM pronunciasse: nec posse dici socio, *abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis* 68).

L. 25. *D. eodem.* Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet, quod negligentia eius periisset, *quod in plerisque aliis industria eius societas* AUCTA 69) *fuisset:* et hoc ex appellatione Imperatoris pronunciavit.

L. 26.

68) Die Worte: *si damnum petis*, sind vielen Auslegern ein Anstoß gewesen. Sie halten das *damnum petere* für einen ganz unschicklichen Ausdruck. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 25. will daher lieber: *si damnum metuis* lesen. *Io.* IENSIUS in Stricturis ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 129. hingegen glaubt hier nach seiner bekannten Hypothese einen Fehler der lateinischen Version unserer Pandecten aus dem Griechischen zu finden. Das *petis* sey nämlich aus dem nicht verstandenen griechischen παραιτεῖς entstanden; παραιτεῖν bedeute aber soviel, als *etiam atque etiam recusare quid, subterfugere.* Allein die Redensart *petere* oder *repetere damnum*, Schadensersatz fordern, ist nicht ungewöhnlich. *L.* 59. §. 1. *D. h. t.* Es ist daher keine Emendation nöthig. S. *Io. Guil.* MARCKART Probabilia receptar. Lectionum iuris civ. pag. 89.

69) So lieset Haloander, Bauduza, ja so lesen fast alle. Nur in der Taurellischen Ausgabe fehlt das Wort AUCTA. Da heißt es blos: *industria eius societas fuisset.* Dies hat aber offenbar keinen Sinn. Gebauer in der Göttinger Ausgabe des corp. iuris civ. will zwar das *industria* als ein Adjectiv für proficua nehmen. Allein diese Erklärung ist unnatürlich

L. 26. D. eodem. Et ideo, si socius quaedam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, *non compensatur compendium cum negligentia.*

IV. Jeder Gesellschafter ist dem andern zum verhältnißmäßigen Ersatz des Schadens verpflichtet, den er in Gesellschaftsangelegenheiten ohne eigene Schuld erlitten hat. Z. B. ein Gesellschafter ist auf einer Reise in Geschäften der Gesellschaft unter die Straßenräuber gerathen, und nicht nur der Gesellschaftsgelder, welche er bey sich hatte, sondern auch seiner eigenen Sachen beraubt worden; er hat auch wegen erhaltener Wunden noch Kurkosten gehabt. Hier ist es billig, daß der Schade gemeinschaftlich getragen werde [70]. Andere zufällige Schäden werden nicht ersetzt, sondern fallen bey einer particulairen Societät auf den

türlich und erzwungen. Die gemeine Leseart verdient hier ohne Zweifel den Vorzug. S. *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. Lection. iuris civ. pag. 176. Die *Basilica* Tom. II. Lib. XII. Tit. 1. Const. 25. pag. 5. haben: *κἂν ἐν πολλοῖς ἑτέροις ὠφέλησεν*; i. e. *licet in plerisque aliis profuerit.* Noch fällt mir ein, daß PÜTTMANN Interpret. et Observation. iuris Rom. cap. 3. §. 4. pag. 39. die Florentinische Leseart dadurch zu vertheidigen sucht, daß er das *fuisset*, durch *substitisset* erklärt. Sollte diese Erklärung weniger erkünstelt seyn, als die Gebauersche?

70) *L. 52. §. 4. L. 60. §. 1. L. 61. D. h. t.* S. *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. pag 634. sq. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 26. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 19. und Hufeland Lehrbuch 1. T. §. 535.

den Eigenthümer der zu Grunde gegangenen, oder verlohrnen Sache [71]).

V. Hat ein Gesellschafter Geschäfte und Güter der Societät verwaltet; so ist er schuldig Rechenschaft und Rechnung darüber abzulegen, und das Uebrige zur Gesellschafts-Casse abzuliefern, auch den für die Gesellschaft gemachten Gewinn zur Theilung zu bringen [72]). Der Rechnungsführer ist auch schuldig, seine Rechnungsbücher den übrigen auf Verlangen zur Einsicht vorzulegen [73]).

VI. Jeder Gesellschafter ist ferner bey einer nicht allgemeinen Gesellschaft dem andern zum verhältnißmäßigen Ersatz der wegen der Gesellschaft gehabten nothwendigen und nützlichen Auslagen [74]); nicht minder

VII. zu Zinsen, die der andere Gesellschafter selbst gab, oder von seinem eigenen ausgelegten Gelde hätte ziehen können [75]); ferner zu landesüblichen Zinsen für bereits

71) *L.* 52. §. 3. *L.* 58. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 19. BOEHMER Dig. h. t. §. 20. WESTENBERG Princip. iur. Dig. h. t. §. 36.

72) *L.* 11. *D. Comm. divid.* *L.* 21. *L.* 74. *D. h. t.* BOEHMER Iur. Dig. h. t. §. 17. Hufeland a. a. O. §. 532.

73) *L.* 89. §. 2. *D. de Verb. Signif.* MEVIUS Part. VIII. Decis. 360.

74) *L.* 4. §. 3. *et* *L.* 11. *D. comm. divid.* *L.* 52. §. 15. *L.* 38. §. 1. *D. h. t.* S. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 11.

75) *L.* 67. §. 2. *D. h. t.* Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio, iudicio societatis servabit; et *usuras*, si forte, *mutuatus sub usuris*, dedit. Sed et si *suam pecuniam dedit*, non sine causa dicetur, *quod usuras quoque percipere*

reits gemeinschaftlich gewordene Gesellschaftsgelder, die er sich widerrechtlich anmaßte, oder in seinen Nutzen verwandte [76]); dann zu Verzugszinsen für noch nicht eingelieferte Gelder, wenn er säumig war, und zugleich die Gelder für sich benutzte [77]). Zwar sagt Paulus [78]), wenn ein

cipere debent, quas possit habere, si alii mutuum dedisset. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L. und MEVIUS P. VIII. Decis. 362.

76) *L. 1. §. 1. D. de usuris.* Socius, si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnimodo, etiam mora non interveniente, praestabuntur usurae. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 17.

77) *L. 60. pr. D. h. t.* Socium, qui in eo, *quod ex societate lucri faceret*, reddendo moram adhibuit, *cum ea pecunia ipse usus sit*, usuras quoque eum praestare debere, LABEO ait; sed *non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse*: sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. Item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam; quia morte socii dirimatur societas. Hier ist von dem Falle die Rede, da ein Gesellschafter für die Gesellschaft einen Gewinn gemacht hat, allein in Einlieferung der Gelder zur Kaße säumig ist. In diesem Falle ist derselbe zum Ersatz der Verzugszinsen anders nicht gehalten, als wenn er auch zugleich die Gelder für sich benutzte. Ist dieses nicht der Fall, oder er hat zwar die Gelder gebraucht, aber er brauchte sie noch nicht abzuliefern, er hat sich also keines Verzugs schuldig gemacht, so giebt er keine Zinsen. Anderer Meinung sind zwar *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIII. cap. 15. *Ger.* NOODT de Foenore et usuris Lib. I. cap. 5. und POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XLIV not. 1. welche statt *cum ea pecunia* vielmehr *aut cum ea* oder *aut ea pecunia* lesen wollen. Sie glauben, wenn der Gesellschafter in Ablieferung der Gelder, die er für die Societät gewonnen hat

ein Socius, der in einer nicht allgemeinen Gesellschaft steht, gemeinschaftliche Gelder auf seinen Namen und auf seine

hat, säumig ist, so müsse er Verzugszinsen vergüten, wenn er er auch die Gelder nicht für sich benutzt hätte. Pomponius, meinen sie, sage dieses deutlich genug in den nachfolgenden Worten: *sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit.* Allein gerade diese Worte beweisen gegen sie, und geben deutlich genug zu erkennen, daß Eins ohne das Andere nicht hinreichend sey. Denn der Sinn derselben ist, wie auch *Io.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 17. sie versteht, ohne Zweifel der, wenn Eins von beyden fehlt, und der Socius entweder das Geld nicht gebraucht hat, gesetzt auch, daß er sich eines Verzugs in Ablieferung desselben an die Kasse schuldig gemacht hätte; oder wenn er zwar das Geld für sich benutzt, aber dennoch keinen Verzug in Ablieferung desselben zu Schulden gebracht hätte, so ist er zur Erstattung der Zinsen nicht verbunden. Die Richtigkeit der gemeinen Leseart bestärken auch die *Basilica* Tom. II. pag. 15. wo die *L. 60. pr. D. h. t.* so lautet: Τοῦ *κέρδους ὁ κοινωνός, οὐ δίδωσι τόκον, εἰ μὴ ἀπὸ ὑπερθέσεως, καὶ συγχρήσεως.* i. e. *Socius usuras eius, quod lucrifecerit, non praestat, nisi moram fecerit, et eam pecuniam in usus suos converterit.* Mit Recht verwirft daher *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. h. 60. h. t. jene Cujazische Emendation, und fügt noch den allerdings bedeutenden Grund hinzu, daß wenn hier von zwey Fällen die Rede wäre, Pomponius nicht hätte sagen können: deberi usuras, non quasi usuras, sed quia interfit socii, moram adhibitam non fuisse, sondern er hätte noch müssen hinzufügen: vel socium pecunia illa usum non esse. Will man etwa einwenden, daß *L. 32. §. 2. D. de Usuris* die allgemeine Regel aufstelle: *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur:* so erwäge man, daß man hier, wegen des unter Gesellschaftern angenommenen Fraternitätsverhältnisses, die Zinsen nicht als Zinsen

keine Gefahr ausleihet, und damit für sich wuchert, so könne er in Rücksicht der übernommenen Gefahr des Capitals die Zinsen für sich behalten. Allein kann dann auch die Gesellschaft diese Zinsen nicht verlangen, so folgt doch daraus noch nicht, daß sie nicht eine Vergütung des Interesse zu fordern berechtiget sey, wie Anton Faber [79]) und Johann Voet [80]) ganz richtig bemerken, wenn man nicht mit Gerh. Noodt [81]) auch den Paulus so verstehen

sen, sondern nur als einen Ersatz für den sich zugeeigneten Nutzen betrachtete, welchen der Socius während der Zeit von den Geldern gezogen hat, da er solche hätte zur Gesellschaftscasse abliefern sollen, und welchen er, wegen der unter Gesellschaftsmitgliedern Statt habenden Rechtsgleichheit, billig mittheilen muß. S. *Ger.* NOODT de foenor. et usur. Lib. III. cap. 6. und *Ios.* FINESTRES Hermogenian. pag. 467. §. 7. Da dieser Grund bey dem Erben eines verstorbenen Gesellschaftsgliedes wegfällt, wenn dieser sich durch seine eigene Handlung eines Verzugs schuldig gemacht hat, so kann dieser nicht einmal zu den Zinsen, als eine Vergütung des Interesse, condemnirt werden, weil die Societät mit dem Tode des Gesellschafters aufhörte, wie Pomponius noch in den letzten Worten des angeführten Fragments bemerkt, über deren wahren Sinn NOODT cit. loc. Lib. I. cap. 5. Tom. I. *Operum.* pag. 185. und VOET cit. loc. §. 17. zu vergleichen sind.

78) *L. 67. §. 1. D. h. t.* Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam foeneraverit, usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine foeneraverit: *nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet.*

79) Rational in Pand. ad L. 67. §. 1. h. t.

80) Comment. ad Pand. h. t. §. 17.

81) De foen. et usur. Lib. I. c. 8. §. ult. *Oper.* Tom. I. p. 192.

hen will, daß der Socius nur von seinem Antheile die Zinsen behalte.

§. 969.

Klage aus dem Societätscontract.

Die Klage, welche auf die Erfüllung aller bisher genannten persönlichen Verbindlichkeiten, so wie auch der dem Contract angehängten Nebenverträge gerichtet werden kann, ist die mit dem Contract gleichen Namen führende *actio pro socio*. Sie ist, wie Justinian [82]) sagt, ab utraque parte directa, das heißt, sie geht immer auf wesentliche Contractsverbindlichkeiten, und jeder Gesellschafter hat ein gleiches Recht sie gegen den andern anzustellen [83]). Eine actio pro socio contraria giebt es demnach nicht. Sie findet aber nur unter den Gesellschaftern selbst Statt; sie steht jedoch auch sowohl den Erben, als gegen die Erben zu [84]). Man kann sie auch sowohl während der Gesellschaft, als nach Endigung derselben anstellen. Jedoch ist hier folgender Unterschied zu machen.

1) Wird die Klage als eine Generalklage gebraucht, das heißt, wird sie auf Ablegung der General-Rechnung, und Vertheilung des Gewinns und Verlusts gerichtet, so kann dieselbe, nach Art aller Generalklagen, erst nach Endi-

82) §. 2. *I. de poena temere litig.*

83) S. *G.* FRANTZKIUS Comment. in Pand. h. t. nr. 92.

84) *L.* 63. §. *8. D. h. t.* In heredem quoque socii pro socio actio competit, *quamvis heres socius non sit:* licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. Man sehe noch *L.* 35. §. *fin. et L.* 36. *D. h. t.* *L.* 3. *Cod. eodem.* VOET Comm. h. t. §. 10.

Endigung der Societät angestellt werden [85]; Ja der Kläger, indem er die Klage auf jene Punkte richtet, giebt dadurch seine Absicht, daß die Societät aufgehoben seyn solle, ipso facto zu erkennen. So sagt Paulus *L.* 65. *pr. D. h. t.* Actione [86]) distrahatur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. PROCULUS enim ait, *hoc ipso, quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renunciatam societatem:* sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit.

2) Wird hingegen die actio pro socio auf einen solchen speciellen Punkt gerichtet, welchen die Erhaltung und Fortsetzung der Gesellschaft erfordert, z. E. auf Einlieferung der versprochenen Beyträge, oder eines für die Societät erhaltenen

85) *L.* 30. *L.* 38. *pr. D. h. t. L.* 63. §. 5. *D. h. t.* S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Exposita.* Oper. Tom. II. pag. 383. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. *Ge.* FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 94—97. *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

86) Das Wort *actione* erklärt hier *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 20. in fin. nicht unrichtig für actu. Also wäre der Sinn der angeführten Stelle folgender: Ipso facto werde die Gesellschaft getrennt, wenn die Gesellschafter durch Eingehung einer Novation mittelst einer Stipulation, oder durch Anstellung der Generalklage aus dem Societätscontract diese Absicht zu erkennen geben. Man sehe auch *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. 65. und POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. LXX. not. b. et. c. pag. 487. Die *Basilica* T. II. pag. 18. haben jedoch ἀγωγῇ. Die actio pro socio kann aber auf Trennung der Gesellschaft selbst darum nicht gerichtet werden, weil die Gesellschaft schon an sich durch bloße Willkühr aufgehoben wird. S. Thibaut System des Pand. R. 2. B. §. 884.

nen Gewinnes zur Gesellschaftscasse, oder auf Leistung versprochener Dienste, so kann die Klage auch während der Gesellschaft angestellet werden [87]). Die actio pro socio geht jedoch immer nur auf persönliche Leistungen, nicht auf Theilung des bisher gemeinschaftlich gewesenen Vermögens. Wer diese verlangt, muß sich vielmehr der *actio communi dividundo* bedienen. Paulus sagt *L.* 1. *D. Comm. divid.* Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, *quod* PRO SOCIO ACTIO *magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad com-*

87) *L.* 65. §. 15. *D. h. t.* Nonnunquam necessarium est, *et manente societate*, agi pro socio: veluti cum societas vectigalium causa coita est, propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate; *nec refertur in medium, quod ad alterum pervenerit.* Hierher gehört auch *L.* 52. §. 8. *et* §. 13. *D. h. t.* In dem §. 13. führt Ulpian aus dem Mela folgenden Fall an: Si vicini *semipedes* inter se contulerunt, ut ibi *cratitium parietem* inter se aedificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde aedificato pariete alter in eum immitti non patiatur? *pro socio* agendum. Zwey Nachbarn hatten, und zwar jeder zwey Fuß breit Grund, zur Erbauung einer gemeinschaftlichen Scheidewand hergegeben, damit ihr beyderseitiges Gebäude darauf ruhen sollte. (*Gratitius paries* ist, was wir jetzt eine Riegelwand nennen, die nicht massiv von Steinen aufgeführt ist, sondern aus Schwellen und Riegeln besteht, und wo blos das Fachwerk mit Backsteinen ausgemauert wird. S. VITRUVII *Architectura* Lib. II. c. 8. und Lib. VII. c. 3. und *Aug.* RODE Lexicon Vitruvian. voc. *Gratitius paries.* besonders auch *Guil.* BUDAEI Annotat. in Pand. ad h. L. pag. 148. sqq.) Der eine Nachbar wollte nachher dem andern den Mitgebrauch dieser gemeinschaftlichen Wand nicht gestatten. Hier findet gegen ihn die *actio pro socio* Statt.

communium rerum divisionem. Hierher gehört auch *L.* 43. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, *quoniam pro socio et nominum rationem habet, et adiudicationem non admittit.* Sed si postea *pro socio* agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est. Ulpian unterscheidet hier genau zwischen der actio communi dividundo und actio pro socio. Letztere, sagt er, kann auch auf ausstehende Activ-Schulden gehen. Arnold Vinnius [88]) will zwar unter *nomina* alle persönliche Prästationen verstehen, welche ein Gesellschafter von dem andern fordern kann, und Gerhard Noodt [89]) stimmt ihm auch hierin bey. Allein man hat nicht nöthig, die gemeine Bedeutung von nomina zu verlassen, wie Pothier [90]) gezeigt hat. Activ- und Passiv-Schulden sind kein Gegenstand der Theilungsklage, weil sie keiner Theilung bedürfen; wohl aber können sie ein Gegenstand der Contractsklage seyn; z. B. wenn ein Socius Gelder der Gesellschaft ausgeliehen hat, so können die andern Mitgesellschafter gegen denselben mit der actio pro socio darauf klagen, daß er ihnen wegen ihrer Antheile die Klage gegen den Schuldner cedire. Ein anderer Unterschied der angeführten beyden Klagen wird darin gesetzt. Die actio pro socio läßt keine Adjudication zu. Diese setzt eine Theilung gemeinschaftlicher Sachen voraus, worauf aber die Contractsklage nicht gerichtet werden kann [91]).

In

88) Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 36.

89) Comm. ad Dig. h. t. pag. 383.

90) Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. L. not. e. pag. 484.

91) §. 4. et 5. *I. de Officio iudic.*

In Rücksicht mancher persönlicher Prästationen können jedoch beyde Klagen dergestalt concurriren, daß die eine Klage die andere aufhebt, und man durch die andere Klage nur allenfalls das noch erhält, was man durch die eine noch nicht erhalten hat. Z. B. es wird auf verhältnißmäßigen Ersatz der zum Besten der gemeinschaftlichen Sachen verwandten Unkosten geklagt. Paulus belehrt uns hierüber: *L.* 38. §. 1. *D. h. t.* auf folgende Art: Si tecum societas mihi sit, et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero, quosve fructus ex his rebus ceperis, *vel pro socio, vel communi dividundo me consecuturum; et altera actione alteram tolli*, PROCULUS ait.

Die actio pro Socio kann übrigens auch noch mit andern Klagen concurriren. a) Zuweilen mit der actio Legis Aquiliae; wenn ein Gesellschafter durch unvorsichtige Thätigkeit der Societät geschadet hat [92]). b) Zuweilen mit der condictio furtiva, wenn ein Socius eine gemeinschaftliche Sache unterschlagen hat [93]). c) Zuweilen auch mit der actio venditi. Hierher gehört die schwierige Stelle aus Ulpians *libro* 32. *ad Edictum.* Es ist die *L.* 69. *D. h. t.* welche unter die septem damnatas Leges Pandectarum gezählt wird, die man *Cruces ICtorum* zu nennen pflegt [94]). Sie lautet folgendermaßen:

 Cum

92) *L.* 47. §. *fin. L.* 48. *L.* 49. *L.* 50. *D. h. t.*

93) *L.* 45. *L.* 46. *L.* 47. *D. h. t.*

94) S. *Corn. van* ECK Comment. de septem damnatis Legibus Pandectarum, seu crucibus ICtorum. rec. *Halae* 1766. 4. Cap. 5.

Cum societas ad emendum coiretur, et conveniret, ut unus reliquis *nundinas id est epulas* praestaret, eosque *a negotio dimitteret;* si eas eis non solverit, et *pro socio*, et *ex vendito* cum eo agendum est.

Der größte Meister unserer Kunst, ein unsterblicher Cujaz [95]), legt bey diesen Worten das freymüthige Bekenntniß ab, er wage es, alles Bestrebens ungeachtet, den wahren Sinn derselben zu ergründen, dennoch nicht zu behaupten, daß er dieses Gesetz vollkommen verstehe. Dem ohngeachtet haben sich nach ihm noch viele Rechtsgelehrte [96]) an dieses Gesetz gewagt, ohne sich von Cujaz abschrecken

95) Observation. Lib IV. cap. 17.

96) Die vorzüglichsten sind, ausser Cujaz, *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. V. cap. 4. *Iac.* CONSTANTINAEUS Enodation. subtil. Lib. II. cap. 21. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 594.) *Ant.* MORNACIUS Comm. ad. Pand h. L. *Ant. Dad.* ALTESERRA Praelect. Solemn. ad L. 69. h t. Adj. *Eiusdem* Tractat. de fictionib. iuris pag. 359 edit *Eisenbart.* *Casp* SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum (*Oppenheimii* 1610. f.) Lib. III Tract. 28. Qu. 13. p. 424. sqq. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom ad h. L. pag. 641. sq. *Ian. a* COSTA Recitat. solemn. ad L. Cum societas 69. D. h. t. (adj. EIUSDEM *Commentar. ad Institut.* pag. 629. sqq.) *Io.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercitat. XXIX. §. 18—26. *Marqu* FREHER Παρεργῶν s. Verisimillium Lib. II. cap. 29. (in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 946.) *Rad.* FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. III. cap. 28. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 222. sq.) *Desid.* HERALDIUS Observation. et Emendation. Cap. 3. (in *Thes. eod.* Tom. II. pag. 1315.) *Iust.* MEIER Colleg. iuris Argent. h. t. §. 28. *Alex. Arn.* PAGENSTECHER Diss. sub Tit. Crux Ictorum L. 69. D. h. t. Ebenderselbe Bene Dictorum libr. uno (*Bremae*

schrecken zu lassen, ihr Heil zu versuchen; obgleich freylich unter ihnen manche Sardi venales zu Markte gebracht worden sind, von denen einer häßlicher, als der andere ist. Das Erste, was hier die Ausleger peiniget, ist die Redensart: *nundinas id est epulas praestare*. Was haben, sagt man, *nundinae* und *epulae* mit einander gemein, daß Ulpian sie als gleichviel bedeutende Benennungen gebrauchen konnte? Kein Wunder, wenn viele die Leseart für unrichtig gehalten, und durch eine Aenderung derselben die Schwierigkeit zu heben gesucht haben. Für *nundinas id est epulas*, lesen daher einige [97]) *nundinarias epulas*, andere

mae 1700. 8.) Collat. VII. pag. 104. sqq. *Nic. Christph.* LYNCKER Novae eaeque unicae ad L. 69 D. pro Socio suppetiae. *Ienae* 1696. *Petr.* TRONCHIN Diss. de variis capitibus iuris. *Franequerae* 1694. Cap. 3 (in *Supplem. Thes Meerman.* pag. 603.) *Petr. de* TOLLIEU Diss. ad L. 69. in EIUS Collectan. iuris civ. (*Goettingae* 1707. 4) Diss. I. *Henr.* KELLINGHUSEN Diss. de Legibus nonnullis Romanor. *Franequ.* 1744. Cap. 6. (in *Ge.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Tom. II. Vol. II. pag. 26 sq) *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. ad interpretationem L. 69. D. pro Socio. *Lipsiae* 1744. *Io. Gotfr.* SAMMET Disp. ad Domitium Ulpianum cap. LXIX. π. pro socio. *Lipsiae* 1748. (et in *Opuscul.* pag. 65. sqq.) *Frid.* PLATNER Conjecturae ad cap. LXIX D. pro Socio. *Lipsiae* 1759. *Io. Rietveld* TEXIER Diss. exhibens Positiones quasdam ad L. 69. D. pro socio. *Lugd. Batavor.* 1795. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 16. und *Guil. a* TEISTERBANT, dict. BILDERDYK, Observation. et Emendation. lib. un. *Brunovici* 1806. 8. Cap. 8. 9. et 40.

97) So lesen Haloander, und Jacob Vintimill in seiner Ausgabe der Pandecten Paris 1748. und diese Leseart billiget Cujaz, und mit ihm viele andere. *Nundinariae epulae* erklärt man so, quae nundinarum praestantur tempore.

andere [98]) *nundinas id est* ἐμπολάς, und verstehen unter ἐμπολη den Gewinn, den ein Kaufmann beym Verkauf der Waaren macht oder hoft; andere [99]) wollen *nundinas idem epulas*, andere [100]) *quatriduanas epulas*, andere [1]) συνδειπνα *id est nundinas* substituiren; noch andere [2]) wollen gar die Worte *id est epulas*, als ein Glossem, ganz wegstreichen. Allein man hat gar nicht nöthig die Leseart, welche das hohe Alterthum der Florentine, und die Auctorität aller übrigen Handschriften für sich hat, auf solche Art zu entstellen. Es kommt blos darauf an, daß man mit den Worten die richtige Bedeutung verbindet. Sollte nun also Ulpian hier *nundinae* und *epulae* wirklich für gleichbedeutend genommen haben? Die meisten Ausleger, welche die Leseart unserer Gesetzstelle für richtig halten, sind dieser Meinung; sie glauben *epulae* wäre der unter den römischen Kaufleuten üblich gewesene technische Ausdruck von *nundinae* gewesen, und das Wort *nundinae* werde hier für *nundinatio* für den ganzen Handel oder Einkauf genommen. *Nundinas praestare* heiße also so viel, als pretium solvere pro omni eo, quod, a pluribus communi nomine coemtum, uni ex sociis restituen-

98) So *Rad.* FORNERIUS c. l. ihm folgen *Iust.* MEIER c. l. und *Guil. a* TEISTERBANT c. l. cap. 8. pag. 80.

99) So *Io. Otto* TABOR Diss de eo, quod iustum est inter socios. Cap. 4. und *Frid.* BLATNER cit. Conjectur. §. 1.

100) So *Hug.* GROTIUS Florum Sparf. ad Ius Iustinian. h. L.

1) *Io.* CANNEGIETER Observation. cap. XIII. §. 12.

2) *Desid.* HERALDUS Animadversion. Lib. I. cap. 9. Ihm stimmt auch HEINECCIUS ad *Brissonium* de Verb. Signif. voc. *Epulae* bey.

tuendum est, was wir im Deutschen nennen, den Handel gut thun [3]). Andere [4]) hingegen meinen, das Wort *nundinae* sey vielmehr der unter den römischen Kaufleuten übliche Ausdruck gewesen, mit welchem sie die zur Meßzeit unter ihnen gewöhnlich gewesenen *epulas* zu bezeichnen pflegten. Sie verstehen also unter *nundinae* die zur Meßzeit unter den Kaufleuten angestellten Gastmähler und Schmausereien, und der Fall, von dem Ulpian redet, wäre der, daß einer von den Gesellschaftern sich verpflichtet hatte, für die übrigen während der Meßzeit die Kosten des Gastmahls zu bezahlen, oder, wie Mornac [5]) sich ausdrückt, *defrayer les autres durant le temps de la foire.* Allein es ist schwer zu glauben, daß die Worte *nundinae* und *epulae* wirklich von den Alten als gleichbedeutend gebraucht worden sind; das zwischen beyden Worten stehende *id est*, scheint mir auch noch kein so überzeugender Beweis hiervon zu seyn, als man glaubt, weil dieser Ausdruck auch noch einen andern, als blos declarativen Sinn, in unsern Gesetzen hat [6]). Noch weniger aber kann die von Schifordegher [7]) angeführte Stelle aus *L.* 20. §. 1. *D. de annuis legat* zum Beweise dienen,

3) S. *Sammet* cit. Diss. ad Domitium Ulpianum Cap. V.

4) S. TOULLIEU Collectan. Diss. I. Cap. 2. §. 5. sqq. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. PAGENSTECHER cit. Diss. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco. Diss. XXX. §. 13. u. a. m.

5) Comm. ad Pand. h. L.

6) S. *Io.* STRAUCH Lexicon particular. iuris; voc. *Id est.* und *Car. Andr.* DUCKER Opusc. de Latinitate ICtorum Veter. pag. 273 not. 4.

7) Ad Ant. Fabrum Lib. III. Tr. 28. Qu. 13. pag. 425.

dienen, da die Worte *die nundinarum*, *quas ibi posui*, offenbar in ihrer gewöhnlichen Bedeutung für den Tag, da der von dem Erblasser in seiner Vaterstadt, vermuthlich aus höherer Erlaubniß, angelegte Jahrmarkt gehalten würde, hier genommen werden, wie schon **Westphal** [8]) gezeigt hat. Der Ausdruck *Nundinae* in Verbindung mit dem Wort *praestare*, kann also wohl hier nach dem ganzen Zusammenhange der Rede nichts anders bedeuten, als die auf den Einkauf der Waaren verwandten Kosten, welche den Gegenstand der in dem gegenwärtigen Falle errichteten Handlungsgesellschaft ausmachten. *Epulae* hingegen heißen hier Zehrungskosten, oder was wir jetzt Diäten zu nennen pflegen; denn es ist bey den Lateinern gar nichts Ungewöhnliches, wie **Heinrich Kellinghusen** [9]) hier ganz richtig bemerkt, die Kosten, welche auf eine Sache verwendet worden sind, mit dem Namen der Sache selbst zu bezeichnen [10]). Das zwischen beyden Worten stehende *id est* kann nun also auch offenbar hier nicht die ihm sonst gewöhnliche declarative Bedeutung haben, in welcher es unserm Deutschen, das ist, entspricht, sondern eine determinative, und bedeutet hier soviel als sogar oder auch selbst, in welchem Sinn es öfters in unsern Gesetzen vorkommt [11]). Die **Basiliken** [12]) geben

8) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 108.

9) Cit. Diss. de Legibus nonnullis Romanor. Cap. 6.

10) So z. B. wird auch das Antrittsgeld bey der Uebernehmung einer käuflichen Bedienung *Introitus* genennt, i. e. id, quod pro introitu militiae erogari solet. L. 102. §. 2. et 3. D. de legat. III.

11) *L. 73 pr. D. h. t. L. 2. §. 2. D. de his, qui not. infam.* S. DUCKER de Latinitate ICtor. vet. pag. 488.

12) Tom. II, pag. 22. in fin.

hen uns über den Sinn dieser Worte wenig Aufschluß, und sind hier überdem mangelhaft. Es heißt blos: καὶ δόξῃ τὸν ἕνα τοὺς ἄλλους ἐνωχῆσαι, i. e. *et convenerit, ut unus reliquis epulas praestaret.* Eine nicht geringere Schwierigkeit haben ferner den Auslegern die folgenden Worte gemacht: *eosque a negotio dimitteret.* Haloander lieset hier *ad negotium admitteret;* allein diese den ganzen Sinn entstellende Leseart wird mit Recht von allen verworffen. Jacob Vintimill hat *ad negotium dimitteret.* So laas auch schon Accursius, und diese Leseart billiget vorzüglich Cujaz [13]), dem hierin Anton Faber [14]) und Joh. Schilter [15]) nachgefolgt sind: und dieses *ad negotium dimittere,* erklären sie durch *ablegare ad nundinas.* Sie stellen sich also den Fall, von dem Ulpian spricht, so vor, die Handlungscompagnons hätten unter sich ausgemacht, daß einer während der Meßzeit die Zehrungskosten bestreiten, die übrigen aber die Waaren einkaufen sollten. Allein man hat auch hier nicht nöthig, von der gemeinen, durch die Auctorität der Florentine unterstützten, Leseart abzuweichen, welche auch schon darum billig den Vorzug verdient, weil sie einen weit bessern Sinn giebt, als jene den Text verunstaltenden Emendationen. Man muß nur auch hier mit den Worten die richtige Bedeutung verbinden. Ob nun Cornel van Eck [16]) den Sinn getroffen hat, wenn er Ulpians Worte so interpretirt, *ut unus socius reliquos liberos at-*

que

13) Observation. Lib. IV. cap. 17.

14) Conjecturar. iuris civ. Lib. V. cap. 4.

15) Prax. iuris Rom. Exerc. IX. §. 18.

16) Diss. de septem damnatis LL. Pandect. Cap. 5. §. 3.

que immunes praestaret a sumtu et obligatione epularum, quas consumserant, daran zweifle ich sehr. Das Wort *negotium* wird hier vielmehr für negotiatio, oder die Gesellschaft selbst genommen, und *dimittere a negotio* heißt also nichts anders, als die Gesellschafter ihrer Verbindlichkeit entlassen, sich von ihnen trennen, und die Gesellschaft mit ihnen aufheben, wie **Toullieu**[17]), **Janus a Costa**[18]), **Sammet**[19]) und **Teisterbant**[20]) diese Worte, wie ich glaube, ganz richtig erklärt haben. Die **Basiliken** geben auch hier wenig Trost; sie übersetzen: *καὶ ἀτελεῖς ποιῆσαι*, i. e. *eosque immunes et missos faceret.* Nach unserer Worterklärung wäre also der Sinn der Stelle, soweit **Ulpian** darin den Rechtsfall vorträgt, folgender.

„Es war eine Handelsgesellschaft errichtet, und dabey verabredet worden, daß wenn es einem der Mitglieder gefiele, seinen übrigen Compagnons alles dasjenige, was sie aus ihren Mitteln zur Etablirung der angefangenen gemeinschaftlichen Handlung, es habe Namen, wie es wolle, sogar die beym Einkauf der Waaren aufgewandten Zehrungskosten oder Diäten wieder zu erstatten, die übrigen abtreten, und ihm die ganze Handlung überlassen sollten."

Auf diese Art haben wir nun auch gar nicht nöthig, uns über den besondern Fall den Kopf zu zerbrechen, den **Ulpian**

17) Cit. Diss. Cap. VI. §. 7.

18) Commentar. ad Institut. Lib. III. cap. 25. pr. ad v. *Alicuius negotiationis.*) pag. 446.

19) Diss. cit. Cap. VI. §. 1.

20) Observation. et Emendation. Cap. 8. pag 82. sq.

Ulpian vielleicht im Sinn gehabt haben könne; und welchen sich fast jeder Ausleger nach dem besondern Sinn, den er den Worten beygelegt hat, anders dachte. Bey den letztern Worten, welche die Entscheidung enthalten, sind die Ausleger ebenfalls in nicht geringe Verlegenheit gerathen. Ulpian sagt, wenn der Socius, welcher vermöge jener Verabredung die ganze Handlung übernahm, gleichwohl die Bedingung derselben nicht erfüllt, (*si eas eis non solverit*, si socius, negotiationem redimens, expensas in coemtionem mercium, quae obiectum constituunt initae in hypothesi societatis, omnesque reliquas hac occasione et pro epulis factas, caeteris restituere cessaverit) so hat gegen denselben sowohl die Klage aus dem Societäts-Contract, als die Klage aus dem Kaufcontract Statt, (et *pro socio* et *ex vendito* cum eo agendum est.) Daß die erste Klage begründet sey, leuchtet zwar allen Auslegern ein; allein über den Gegenstand derselben sind sie dennoch uneins. Einige [21]) sagen, die Klage gehe auf die Aufhebung der Gesellschaft, damit die Kläger nicht genöthiget wären, dasjenige, was sie für den Beklagten, wenn gleich gemeinschaftlich, gekauft hatten, zu ihrem Antheil zu behalten. Andere [22]) hingegen glauben, die Klage gehe auf Mittheilung

21) S. SAMMET cit. Diss. Cap. 6. §. 4. Auch der Scholiast der Basiliken Tom. II. pag. 39. *καὶ λέγομεν*, sagt er, *ἢ πρὸ σότξιῳ, δυνατὸν, γὰρ ἐπὶ λύσει τῆς κοινωνίας ταύτην ζητεῖσθαι*; i. e. *et respondemus, actionem pro socio eis dandam: haec enim actio ad dissolvendam societatem postulari potest.*

22) TOULLIEU cit. Cap. VI. §. 3. und PLATNER Conjectur. ad cap. 69. D. h. t. §. 15.

lung der Waaren, wenn es den übrigen gefiele, die Gesellschaft fortzusetzen. Dies könnten sie, wenn der Socius, welcher die ganze Handlung übernommen, die Bedingungen des Vertrags nicht erfüllt hätte. Allein die actio pro socio geht nicht auf Trennung der Gesellschaft, diese ist getrennt, sobald der eine Gesellschafter die Handlung allein übernimmt. War ihm aber die Handlung einmal, dem Verträge gemäß, überlassen worden, wie konnten die übrigen noch auf eine Mittheilung der Waaren klagen? Die Klage aus dem Societätscontract, welche hier nach Endigung der Gesellschaft angestellet wird, kann also nur auf Erfüllung des dem Contract angehängten Nebenvertrags gehen. Noch weniger haben sich aber die Ausleger in die actio venditi zu finden gewust. Viele [23]) glauben, diese Klage werde hier nicht von den übrigen Gesellschaftern, sondern vielmehr von den fremden Verkäufern, von welchen sie die Waaren zu ihrer Handlung gekauft hatten, gegen sie angestellt, um das Geld für die Waaren zu erhalten. Wie war es möglich, daß man das Ziel hier so weit verfehlen konnte? Sagt denn Ulpian nicht deutlich genug, *si eas* sc. expensas EIS, sc. reliquis sociis, *non solverit, et pro socio et ex vendito* CUM EO, das heißt, gegen denjenigen, welcher die Handlung allein übernommen hatte, nicht gegen die übrigen Gesellschafter, *agendum est*. Wo steht hier ein Wort von fremden Verkäufern? blos

23) CUJACIUS Observat. Lib. IV. cap. 17. VOET h. t. §. 18. *van* ECK Diss. de septem damnatis Legib. Pand. Cap. V. §. 4. TRONCHIN Disput. de variis capitib. iuris. Cap. 3. §. 1. (in *Suppl. Thes. Meerm* pag 603.) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16. und HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. h. t. §. 250.

blos von den übrigen Gesellschaftern ist die Rede, diesen wird sowohl die *actio pro socio*, als die *actio venditi* gestattet, und zwar mit Recht, weil sie ja dem einen Gesellschafter die ganze Handlung gegen Erstattung der auf die Etablirung derselben verwandten Unkosten überlassen hatten. Ich sollte glauben, der Sinn dieser schwierigen Stelle werde jetzt deutlich genug entwickelt seyn, und will nur noch zum Beschluß einer sinnreichen Konjektur des Dr. Platner [24]) gedenken. Ihm scheint nämlich unsere *L. 69.* mit *L. 11. D. de heredit. vel act. vend.* verbunden gewesen zu seyn. Es ist gewiß, daß beyde Fragmente aus Ulpians *libro* 32. *ad Edictum* genommen sind. Nun handelt Ulpian *L.* 11. *cit.* von den Fällen, wo die Hoffnung eines ungewissen Gewinnes den Gegenstand eines Kaufs ausmacht. Wie wenn Ulpian *L. 69.* den Fall vor Augen gehabt hätte, daß unter mehreren Handlungscompagnons, welche mit einander zum Einkauf der Waaren eine gewiße Meße bereiset hatten, einer den übrigen den Meßgewinn abgekauft, und dieselben während der Meßzeit zu defrayiren sich verbindlich gemacht hätte (*unus reliquis nundinas idem epulas praestaret*)? Die übrigen Gesellschafter wären also hiermit der Meßgeschäfte entlediget, und könnten sich während der Meßzeit auf Kosten des Einen einen guten Tag machen *eosque a negotio dimitteret*). Erfüllt dann dieser die Bedingungen des Vertrages nicht, so hätten sie die Wahl, ob sie die ihnen auf diesen Fall gebührende Theilnahme an den Gesellschaftsgütern, und dem davon zu machenden Gewinn in Anspruch nehmen, oder auf die Bezahlung desjenigen Werths, wofür sie ihm die Hofnung des Meß-

24) Cit. Diss. ad cap. 69. §. 4.

Meßgewinnes überlassen hätten, so wie auf das Interesse wegen der nicht geleisteten Verköstigung klagen wollten. Im ersten Falle könnten sie pro Socio, in dem letztern ex vendito klagen. Nach dieser Erklärung soll also *nundinas praestare* soviel heißen, als spem et periculum nundinarum i. e. negotiationis nundinarum tempore, pro certo pretio in se recipere; und *a negotio dimittere* i. e. ab omni negotiationis cura, donec nundinae solemnes celebrentur, reliquos immunes facere. Allein die Erklärung der *L.* 69. aus der *L.* 11. *D. de hered. vel act. vend.* beruhet augenscheinlich auf einer petitio principii, und stimmt auch mit den Worten des Gesetzes nicht überein.

§. 970.

Verhältniß der Gesellschafter zu dritten Personen.

Die actio pro socio hat nur unter den Gesellschaftern Statt; haben also dieselben mit einem Dritten ein Geschäft geschlossen, so findet nicht diese Klage Statt, sondern es ist diejenige Klage anzustellen, welche aus dem mit dem Dritten geschlossenen Contract entspringt [25]). Um jedoch das Rechtsverhältniß zwischen den Gesellschaftsmitgliedern und dem Dritten näher zu bestimmen, so kommt es auf folgende zwey Fragen an [26]).

I. In

25) S. WESTENBERG Princip. iuris Dig. h. t. §. 40. u. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 1002.

26) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disquisit. de sociorum obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita. *Tübingae 1668.* und *Aug. a* LEYSER Meditat. de Sociorum contractibus cum extraneis, in Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXXV. pag. 375. sqq.

I. In wiefern können die Gesellschafter aus dem mit einem Dritten geschlossenen Geschäft gegen denselben klagen? Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Die Gesellschafter haben mit dem Dritten selbst contrahirt. Hier kann jeder nur nach dem Verhältniß seines Antheils klagen; (pro ea parte, qua quisque socius est) [27]. Auf das Ganze kann von Einem nur alsdann geklagt werden, wenn er von den übrigen Vollmacht erhielt, oder die übrigen als Correalgläubiger zu betrachten sind [28].

2) Haben nicht alle Gesellschafter zusammen mit dem Dritten contrahirt, so ist der Contract entweder

a) von dem Vorsteher oder Factor der Gesellschaft für dieselbe geschlossen worden. Hier muß eigentlich dieser klagen [29]. Die Societät hingegen hat nur dann ein Klagerecht, wenn sie sich entweder die Klage cediren läßt, oder sonst keine Befriedigung von dem Factor erhalten kann. Hier gestatten die Gesetze eine actio utilis ex contractu [30]. Jedoch darf auch hier nur jeder pro rata klagen [31].

b) Ei-

27) Arg. *L. 11. §. 1. D. de duob. reis. L. 9. C. Si certum petat.*

28) LAUTERBACH Cit. disquisit. Cap. VII. §. 33.

29) *L. 38. §. 17. L. 126. §. 2. D. de Verbor. obligat. L. 1. §. 18. D. de exercit. act. L. 1. D. de institor. act.* LAUTERBACH Cit. Disquisit. Cap. 3. §. 12.

30) *L. 1. in fin. L. 2. D. de institor. act. L. 5. D. de stipulat. praetor. L. 13. §. 2. D. de action. emti vend.* LAUTERBACH §. 13.

31) LAUTERBACH cit. Disquis. Cap. III. §. 15. nr. 2—4.

b) Einer von den Gesellschaftern hat den Contract geschlossen. Hier können die übrigen nur insofern klagen, als sie denselben entweder beauftragt hatten, oder dessen Handlungen genehmigen, oder in einer universellen Gesellschaft stehen [32]); jedoch immer nur nach dem Verhältniß ihres Antheils. Ausserdem kann nur der Socius allein gegen den Dritten klagen, welcher den Contract mit ihm geschlossen hat; dagegen aber stehet den übrigen gegen ihren Gesellschafter die actio pro socio auf Mittheilung zu [33]).

II. In wiefern können die Gesellschafter aus dem Vertrage des Dritten belangt werden? Man unterscheide folgende Fälle.

1) Die Gesellschafter haben mit dem Dritten selbst contrahirt. Hier ist zwar soviel gewiß, daß sie mit der Klage aus dem geschlossenen Contract belangt werden können; ob sie aber aus dem Contract in solidum haften, oder Jeder nur auf seinen Antheil auszuklagen sey, ist sehr streitig. Viele [34]) wollen einen Unterschied machen,

32) Thibaut System des Pand. Rechts 2. Band §. 885. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1000.

33) *L. 67. §. 1. L. 74. D. h. t.* *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. *De sociis cum extraneis contrahentibus.* Qu. 1.

34) *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 210. Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge und von Schuld und Pfandverschreibungen §. 106. Not. x. S. 227. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Observat. 384. besonders *Gottl. Euseb* OELTZE Disquisit. Quatenus socii ob sociale debitum in solidum teneantur? *Helmst.* 1784.

chen, ob die Gesellschafter, während die Societät noch dauert, oder erst nach Aufhebung derselben belangt werden. In dem ersten Falle sollen sie in solidum, in dem letztern aber nur pro rata haften. Dies ist auch **Hellfelds** Meinung. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet, sie steht vielmehr mit andern Gesetzen im Widerspruche, nach welchen die Gesellschafter, wenn sie den Contract mit dem Dritten gemeinschaftlich abgeschlossen haben, daraus nur pro rata verbindlich werden, sie mögen noch während der Gesellschaft, oder erst nach Aufhebung derselben belangt werden. Man könnte zwar freylich gegen die *L.* 4. *D. de exercit. act.* welche man für diese Meinung gewöhnlich anführt, einwenden, es folge noch nicht, daß, wenn **Ulpian** sagt: Si plures *per se* navem exerceant, *pro portionibus exercitionis* conveniuntur., diese Exercitoren Gesellschafter gewesen sind. Denn **Ulpian** sagt ja selbst *L.* 31. *D. h. t.* Communiter res agi potest etiam *citra societatem*, utputa cum *non affectione societatis* incidimus in communionem. Allein daß der Fall, da die mehreren Exercitoren, die das Schiff gemeinschaftlich ausgerüstet haben, in einer gesellschaftlichen Verbindung stehen, welches auch wohl gewiß der bey weitem gewöhnlichere Fall ist, mit Grund nicht auszuschließen sey, erhellet aus *L.* 3. *D. eodem*, wo **Paulus** der actio pro socio, welche unter diesen Exercitoren Statt findet, namentlich gedenkt. Es verschwindet aber vollends aller Zweifel, wenn man noch damit die *L.* 44. §. 1. *D. de aedilit. Edicto* verbindet, wo **Paulus** sagt: actio ex emto cum singulis fit *pro portione, qua socii fuerunt.* **Hellfeld** will zwar die letzteren Worte so verstehen, als ob die Viehändler erst nach aufgehobener

Gesellschaft wären belangt worden. Allein er hat offenbar unrecht. Der Sinn der Worte geht vielmehr dahin, wenn Viehändler in Compagnie handeln, die mir fehlerhaftes Vieh verkauft haben; so kann ich gegen jeden derselben mit der actio emti nach dem Verhältniß des Antheils klagen, der ihm daran gehörte. Man setzt uns zwar noch eine Gesetzstelle entgegen, woraus man beweisen will, daß während der Gesellschaft eine obligatio in solidum Statt finde. Es ist die *L. 27. D. h. t.* wo Paulus sagt: Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est: licet, postquam societas distracta est, solutum sit: igitur et si sub conditione promiserat, et, distracta societate, conditio extitit, ex communi solvendum est. Allein wäre der Ausdruck *de communi solvere* von einer Correalobligation zu verstehen, so würde das Gesetz zuviel beweisen. Denn alsdann würden die Gesellschafter auch noch nach Aufhebung der Societät in solidum haften. Paulus will nur soviel sagen: alle Schulden, welche während der Gesellschaft, und um derselben willen gemacht worden sind, sollen aus dem gemeinschaftlichen Vermögen bezahlt werden, ohne Unterschied, die Gesellschaft bestehe noch, oder sey schon aufgelößt; und es läßt sich eher mit Green [35]) daraus beweisen, daß der Gläubiger, welcher einer Gesellschaft creditirt hat, an den noch vorhandenen Gütern derselben, und übrigen gesellschaftlichen Vermögen ein Absonderungsrecht habe, vermöge dessen derselbe daraus billig vor allen andern Privat-

35) *Aug. Frid. Sigism.* GREEN Diss. de solutione nominum societatis ex communi prae aliis socii obaerati debitis. *Lipsiae* 1769. §. 7. sqq.

vatgläubigern der Gesellschafter, die ihnen nicht in Ansehung der Societät creditirt haben, befriediget werden muß, wie auch in der Praxis angenommen ist [36]. Es ist also ausser allem Zweifel, daß die Gesellschafter, wenn sie den Contract, aus welchem sie belangt werden, selbst gemeinschaftlich geschlossen haben, daraus nur pro rata haften, sie mögen während der Gesellschaft, oder erst nach Aufhebung derselben belangt werden. Diese Meinung wird auch nicht nur von den meisten Rechtsgelehrten [37] behauptet, sondern sie ist auch in der Praxis angenommen [38].

2) Haben die Gesellschafter den Contract nicht selbst mit dem Dritten gemeinschaftlich abgeschlossen, so hat entweder

a) ein Anderer für die Gesellschaft, als Factor, oder Bevollmächtigter derselben, contrahirt. Hier haften sie, und zwar nach dem Unterschied der Fälle mit der actio exer-

36) Man vergleiche vorzüglich Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger beym Gantproceße. §. 62. S. 179. der 5ten Aufl. Stuttgart u. Tübingen 1813.

37) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. LAUTERBACH cit. Diss. Cap. VII. §. 34. sqq. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris Rom. sec. ord. Pand. h. t. §. 41. BOEHMER Iur. Dig. h. t. §. 22. in fin. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 22. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 2008. nr. II. lit. A. Höpfner Commentar über die Heinec. Institutionen §. 912. Nr. 8. S. 961. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 533. und Thibaut Syst. des Pandect. Rechts 2. B. §. 885.

38) S. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 16. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CLXXXV. medit. 6. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 24. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. XXII. Th. 43. und MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. β.

exercitoria oder institoria oder quasi institoria, ja einige wollen sogar mit der actio directa ex contractu [39]), in solidum [40]). Nach der Strenge des Rechts soll ihnen auch nicht einmal die Rechtswohlthat der Theilung zu statten kommen [41]), und darnach wird auch in der Praxis gesprochen [42]), ob wohl in der Theorie einige [43]) den Gesellschaftern vermöge der Novelle 99. die Einrede der Theilung zugestehen wollen. Es hat auch keinen Zweifel, daß der Gesellschafter, welcher auf das Ganze ist ausgeklagt worden, auch über seinen Antheil haftet, der ihm an der Gesellschaft zusteht, dergestalt, daß wenn derselbe, oder auch das Gesellschaftsvermögen selbst nicht hinreichen sollte, die Schuld dann aus dem Privatvermögen des Beklagten bezahlt werden muß [44]). Denn die hier eintretende Correalverbindlichkeit ist nicht auf das Gesellschaftsvermögen eingeschränkt [45]), im Gegentheil sagt Paulus [46]) aus-

39) LAUTERBACH cit. Diss. Cap. III. §. 17.

40) *L.* 13. §. *ult.* *L.* 14. *D. de instit. act.* *L.* 1. §. *fin.* *L.* 2. *L.* 4. §. 1. *D. de exercit. act.* S. LAUTERBACH cit. Diss. Cap. III. §. 19. et Cap. VI. §. 55. und KIND Quaestion. for. Tom I. cap. 20.

41) *L.* 2. *D. de exercitor. act.* *L.* 27. §. 8. *D. de peculio.* LAUTERBACH cit. Diss. Cap. III. §. 23.

42) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Observ. 79. CARPZOV Iurispr. for. P II Const 17. Def. 12. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. 185. medit. 6.

43) MARQUARD Tr. de iure mercator. Lib. I. cap. 8. nr. 37. et Lib. II. cap. 11. nr. 14. und Thibaut System des Pandect. Rechts. 2. B. §. 885.

44) S. GREEN cit. Diss. §. 10. und LAUTERBACH Diss. cit. de sociorum obligatione. Cap. 6. §. 57.

45) *L.* 1. *L.* 4. §. 1. *D. de exercit. act.* *L.* 13. §. 2. *L.* 14. *D. de instit. act.* *L.* 50. §. 1. *D. de iudic.* *L.* 27. §. 8. *D. de peculio.*

46) *L.* 3. *D. de exercitor. act.*

ausdrücklich: *nec quicquam facere, quotam quisque portionem in navi*, (und also auch in societatis communione) *habeat*. Nur darüber streitet man, ob ein Gesellschafter auch noch dann in solidum hafte, wenn die übrigen Gesellschaftsmitglieder nicht mehr zahlungsfähig sind. Lauterbach 47) läugnet dieses mit mehreren andern Rechtsgelehrten 48) aus dem Grunde, weil Paulus *L.* 14. *D. de institoria actione* sagt: Certe ubicunque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque *pro parte sua* condemnari oportere constat. Er schließt hieraus, der Gesellschafter hafte in dem Falle nur für seinen Antheil, wo die actio pro socio gegen die übrigen Gesellschafter wegen Insolvenz derselben vergeblich ist. Allein ich zweifle, ob diese Meinung aus dem angeführten Gesetz zu beweisen seyn möchte. Paulus geht hier von dem ganz richtigen Grundsatz aus, die actio pro socio, so wie die actio communi dividundo, findet nur zwischen Gesellschaftern und solchen Statt, zwischen denen eine Gemeinschaft vorhanden ist. Wo also diese fehlt, fallen beyde Klagen weg, und natürlich können dann die Interessenten nur pro rata belangt werden. Er erläutert diesen Satz durch folgenden Fall. Ein Herr hatte seinen Sklaven seiner Handlung vorgesetzt. Dieser Sklave hatte für Rechnung seines Herrn Gelder erborgt, sein Herr schenkte ihm nachher die Freyheit, und hinterließ zwey Erben. Hier konnten die Erben nicht in solidum belangt werden, sondern jeder nur für seinen Antheil, weil hier unter ihnen selbst das iudicium communi dividundo wegfällt. Denn

47) Cit. Diss. Cap. III. §. 25.

48) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 3. D. de exercitor. act. *Pet.* COSTALIUS ad L. 1. §. fin. et L. seq. de exercit. act. u. a. m.

Denn es ist in diesem Falle keine Gemeinschaft vorhanden, weil die Schulden schon ipso iure getheilt sind [49]. Das Gesetz sagt also in Verbindung mit den Anfangsworten weiter nichts, als daß eine obligatio in solidum aus eines Andern Handlung nur zwischen Gesellschaftern Statt finde, zwischen welchen eine Gemeinschaft vorhanden ist, sie fällt also weg, wenn die Klagen pro socio und communi dividundo nicht anwendbar sind, das ist, wenn keine communio societatis vorhanden ist. Mit diesem Falle, wo aus einem Grunde des Rechts die Klage gar nicht Statt findet, kann also der Fall nicht verglichen werden, wo die Klage zwar Statt hat, aber wegen der Armuth des Mitgesellschafters vergeblich angestellt werden würde. Die obligatio in solidum wird also dadurch um so weniger aufgehoben, da ohnehin die Wohlthat der Theilung unter den Mitgesellschaftern wegfällt [50].

b) Einer von den Gesellschaftern hat den Contract in eigenem Namen geschlossen. Hier ist der Contrahent daraus in solidum verpflichtet [51], die übrigen haften für diese Schuld anders nicht, als so weit sie dadurch bereichert worden sind [52], und dann ist jeder nur auf seinen Antheil zu belangen [53]. Die Klage ist die actio de in rem verso [54].

§. 971.

49) *L. 6. Cod. familiae ercisc.*

50) S. GREEN cit. Diss. §. 10.

51) *L. 28. L. 63. §. 3. D. h. t. L. 13. Cod. Si certum petatur.* S. LAUTERBACH cit Diss. Cap. V. §. 40—44. WESTENBERG Princip. iuris Dig. h. t §. 42.

52) *L. 82. D. h. t.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 45.

53) Arg. *L. 10. §. 4. et L. 13. D. de in rem verso.* LAUTERBACH cit. loc. §. 46. et 47.

54) MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 210.

§. 971.

Endigung des Gesellschaftscontracts.

Eine Societät endiget sich I) wenn alle Gesellschafter in die Aufhebung willigen [55]), welches auch stillschweigend dadurch geschieht, wenn jeder Gesellschafter für sich selbst zu handeln anfängt [56]). II) Durch einseitige Aufkündigung eines Mitgliedes, wenn auch die Societät auf immer wäre errichtet worden [57]). Denn dieser Vertrag ist nicht verbindlich [58]). Die Gesetze sind hier von der Regel, nach welcher sonst ein Bilateralcontract nicht einseitig aufgehoben werden kann, darum billig abgewichen, weil eine Gemeinschaft vielen Anlaß zur Uneinigkeit und Unzufriedenheit giebt, (communio est mater rixarum) daher wollen sie auch nicht, daß Jemand wider seinen Willen genöthiget werde, in der Gesellschaft zu verbleiben [59]). Es muß nur aber die Aufkündigung nicht arglistig aus Gewinnsucht, auch nicht zur Unzeit geschehen, sonst entlediget der Aufkündigende dadurch nur seine Mitgesellschafter von aller Verbindlichkeit gegen sich, er hingegen bleibt ihnen verbindlich. (Socius qui-

55) L. 65. §. 3. *D. h. t.* §. *ult. I. Quib. mod. toll. obligat.*

56) *L.* 64. *D. h. t.*

57) *L.* 4. §. 1. *L.* 63. §. *ult. L.* 65. §. 3. *D. h. t.* Ob die Aufkündigung von dem Gesellschafter selbst, oder durch seinen Anwalt geschiehet, ist gleichviel. *L.* 75. §. 1. *D. h. t.* S. *Fr.* DUARENUS Comm. ad h. t. cap. 3. und *Io. Dan.* ULMANN Diss. de dissolvenda unius renunciatione societate. *Argent.* 1742.

58) *L.* 14. *L.* 70. *D. h. t.*

59) *L.* 77. §. 20. *D. de legat. II. L. ult. C. Comm. divid.* S. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 4. I. h. t. nr. 2. und Webers syst. Entwick. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 85. Nr. 3. S. 362.

quidem a se, se autem ab illis non liberat) [60]. Wenn daher ein Gesellschafter aus betrüglichen Absichten, um einen zu hoffenden sichern Gewinn allein zu behalten, aus der Gesellschaft tritt, so ist er schuldig, den Gewinn, welchen er der Gesellschaft entziehen wollte, mit ihr zu theilen, und für das Uebrige kann ihn die Gesellschaft ausschließen; er muß auch den Schaden, den er dabey erlitten hat, allein tragen; hingegen an dem Gewinn, welchen die Gesellschaft nach der Aufkündigung gemacht hat, nimmt er keinen Antheil [61]. Hat er die Gesellschaft zur Unzeit aufgekündigt, das ist, vor der im Contract bestimmten Zeit, wo die Societät nicht ohne Schaden aufgehoben werden konnte; so muß er den daraus erwachsenen Schaden ersetzen [62]. Hat ein Gesellschafter in der Abwesenheit die Gesellschaft aufgekündiget, so wird er nicht eher von seiner Verbindlichkeit frey, als bis die Societät Nachricht davon erhalten hat. Bis dahin muß er noch allen Gewinn mit der Gesellschaft theilen, leidet er aber Schaden, so muß er ihn allein tragen. Im Gegentheil erwirbt die Societät von Zeit der Aufkündigung an für sich allein, und aller sie treffender Verlust fällt auf gemeinschaftliche Rechnung, welchen der aufkündigende Socius mit tragen helfen

60) *L. 65. §. 3. D. h. t.*

61) §. 4 *I. h. t. L. 65. §. 3. et 4. D. eodem.* Ö. CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. VII. cap. 13. pag 550 sqq. *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XVI. cap. 24. §. *Novam.* *Io.* D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 12. §. *Potest.* pag. 29. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32. sqq. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 26. §. 5. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. *Praeterea* p. 383. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. et 25. und *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 15.

62) *L. 14. 15. 16. L. 17. §. 2. D. h. t. L. 65. §. 5. et 6. D. h. t.*

helfen muß [63]). III) Durch den Tod eines Gesellschafters hört die Societät auf, wenn gleich dieselbe aus mehr als zwey Personen besteht, und zwar nicht nur in Absicht auf den Verstorbenen, sondern auch in Absicht auf die überlebenden Gesellschafter, wenn nicht bey Eingehung der Societät ausdrücklich ausgemacht worden, daß wenn auch einer von den Gesellschaftern sterben würden, die Gesellschaft dennoch unter den übrigen Mitgliedern fortdauren solle [64]). Auf die Erben eines verstorbenen Gesellschafters geht also das Societätsverhältniß nicht über [65]). Nicht einmal der Vertrag ist gültig, wodurch bey Errichtung der Gesellschaft festgesetzt worden, daß die Erben eines verstorbenen Socius in dessen Stelle treten, und als Mitglieder in der Gesellschaft bleiben sollen [66]). Meh-

63) *L. 17. §. 1. D. h. t.* Si absenti renunciata societas sit, quoad is scierit, quod is acquisivit, qui renunciavit, in commune redigi; detrimentum autem solius eius esse, qui renunciaverit: sed quod absens acquisiit, ad solum eum pertinere; detrimentum ab eo factum commune esse. S. *Petr. Pantoja de* AJALA Commentar. in L. fin. Cod. de aleator. in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1057.) *Pet. Ferd. de* CASTRO Interpretat. iur. civ. pag. 1[illegible] und *Laur. Andr.* HAMBERGER Commentat. ad L. 17. §. [illegible] D. pro socio. Adj. *Ejusdem* Disputat. de Edicto perpetuo. [illegible]*ae 1714.* rec. 1738.

64) §. 5. *I. h. t. L.* [illegible] §. 9. *D. eodem.* Hier heißt es: Morte unius societas dissolvitur, *etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint*: nisi in coeunda societate aliter convenerit. S. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 26. *Ant.* FABER Rational in Pand. ad h. L. 69. §. 9. D. h. t. und *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 5. I. h. t.

65) *L. cit. 65. § 9. et 11. D. h. t.* Societas ad heredes socii non transit.

66) *L. 35. D. h t.* Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit. — *L. 59. pr. D. eodem.* Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, *ut heres etiam succedat societati.* — *L. 52. §. 9. D. eod.* Idem (*Papi-*

Mehrere Rechtsgelehrte [67]) wollen jedoch behaupten, daß heut zu Tage ein solcher Vertrag wenigstens unter Kaufleuten gültig sey; allein da der Grund des Gesetzes, daß Niemandem ein treuloser oder nachläßiger Socius aufgedrungen werde, indem es hier auf persönliches Zutrauen ankommt, noch jetzt auch unter Kaufleuten gilt, überdem auch Niemand in eine Gesellschaft zu treten, wider seinen Willen genöthiget werden kann; so läßt sich wohl an der heutigen Gültigkeit des Gesetzes mit Grund nicht zweifeln [68]). Eine Ausnahme findet jedoch bey einer Gesellschaft von Pächtern der Staatseinkünfte Statt. Eine solche Societas vectigalium hat das Eigene, daß sie nicht nur unter den übrigen Mitgliedern derselben, auch ohne besondern Vertrag, fortdauert, wenn einer von den Gesell-

(*Papinianus* respondit, *societatem non posse ultra mortem porrigi*: et ideo nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit, vel cognatum ulteriorem proximioribus praeferre. S. *Iac* CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 25. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tr. 28. Qu. 2—4. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. h. t. §. 6. et in Eunomia Rom. ad L. 63 §. 8. D. h. t. §. 1. et 2. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I h. t. Nr. LVI. not. i, et k. p[illegible] 487. Daß die überlebenden Gesellschafter mit den Erben ihres verstorbenen Mitgesellschafters durch eine neue Convention die Gesellschaft fortsetzen können, hat keinen Zweifel *L.* 37. *D. h. t. Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Dicam.* pag. 381. und *Ge.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 126.

67) LAUTERBACH Diss. de iure in curia mercatorum usitato. §. 76. WERNHER Select. Observ for. Tom. I. P. I. Obs. 167. STRYK Diss. de diversis sociorum pactis. §. 32. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. h. t. §. 29.

68) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXXVI. Corollar. pag. 388. Ihn sucht zwar MÜLLER in Observat. pract. Tom. II. Fasc I. Obs. 386. zu widerlegen; allein man sehe Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 2. Band. §. 122. Not. g. u. h. S. 391. ff.

sellschaftern stirbt, sondern auch auf die Erben übergeht, sofern nämlich bey Eingehung der Gesellschaft ausdrücklich verabredet worden ist, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll. Dieser Vertrag, welcher bey andern Gesellschaften nicht gilt, verpflichtet hier die Societär, die Erben ihres verstorbenen Mitgliedes in denjenigen Theil der Gesellschaft aufzunehmen, welchen der Verstorbene hätte. Es kommt aber doch auch hier noch auf die Umstände an, ob und in wiefern überhaupt die Gesellschaft fortgesetzt, oder auch der Erbe aufgenommen werden kann. Denn es kann ja der verstorbene Socius der Gesellschaft so unentbehrlich gewesen seyn, daß sie ohne ihn gar nicht fortgesetzt werden kann, oder es kann auch seyn, daß der Erbe kein tüchtiges Mitglied ist. Auf keinen Fall ist jedoch der Erbe eher Mitglied, als wenn er von den übrigen in die Gesellschaft aufgenommen worden ist. Sollte jedoch der Erbe auch nicht Mitglied der Gesellschaft werden, so wird doch der auf ihn durch Erbrecht gefallene Theil von den übrigen verwaltet, und sie müssen ihn nach dem Verhältniß desselben an Gewinn und Verlust Antheil nehmen lassen, so lange bis die Pachtzeit zu Ende ist. So sind folgende zwey Gesetzstellen zu verstehen [69].

a) *L.* 59.

69) S. CUJACIUS Observat. Lib. X cap. 25. *Jan a* COSTA Comment. ad § 5. I. h. t. *Guil.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 13. *Casp.* SHIPORDEGHER ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tract. 28. Qu. 5. et 6. pag. 415 sq *Io* D'AVEZAN Contractuum Libr. II Tr. 3. §. *At vereor.* (Tom. IV. *Thes. Meerm.* pag. 108.) *Ev.* OTTO in Praefat ad Tom. V. Thes. iuris Rom. pag 34 et 35. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Dicam.* etc. in fin. (*Oper.* T. II. pag. 382.) *Ant.* SCHULTING ad Caji Institut. in Iurisprud. Antejustin. p. 172. not. 3. *Io* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 63. §. 8 D h. t. pag. 639. sq. und *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXIX. §. 14.

a) *L.* 59. *pr. D. h. t.* In societate vectigalium nihilominus manet societas, et post mortem alicuius: sed ita demum, *si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat:* quod ipsum ex causa aestimandum est. Quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit? aut sine quo societas administrari non possit?

b) *L.* 63. §. 8. *D.* Et circa societates vectigalium caeterorumque idem observamus, ut heres socius non sit, *nisi fuerit adscitus*, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat: simili modo et damnum adgnoscat, quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea; quod non similiter in voluntaria societate observatur.

Wenn nun auch gleich die Gesellschaft nicht auf die Erben geht, so tritt doch der Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten ein, die den verstorbene Gesellschafter bereits erworben, und auf sich hatte [70]; er ist auch schuldig, dasjenige, was sein Erblasser bereits angefangen hat, zu vollenden [71]. Bis dahin nimmt er dann billig auch an dem Gewinn und Verlust der Gesellschaft Antheil [72]. Er muß

70) *L.* 35. *L.* 36. *L.* 63. §. 8. *L.* 65. §. 2. *et* 9 *D. h. t.* *Io.* D'AVEZAN c. l. pag. 107. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 5. I. h. t. und STRUV Synt. iuris civ. Ex. XXII. Th. 41.

71) *L.* 40. *D. h. t.* Heres socii quamvis socius non est, *tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent.* *Explicare* heißt hier soviel als *explere*, endigen, zu Stande bringen. Die *Basilica* Tom. II. pag. 8. haben auch das Wort πληροῖ gebraucht. S. *Io. Guil.* HOFFMANN Meletem. ad Pand. Dissertat. XVI. §. 5.

72) *L.* 65. §. 2. *D. h. t.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 13. nr. 54.

muß auch so gut, wie ein Gesellschafter, für dolus und culpa levis haften [73]). IV. Auch durch den bürgerlichen Tod, das ist, durch eine capitis deminutio maxima und media [74]), nicht aber durch die minima eines Gesellschafters [75]) hört die Gesellschaft auf. V. Wenn das Geschäft geendiget ist, weswegen die Gesellschaft errichtet worden [76]). VI. Mit Ablauf der Zeit, bis auf welche die Gesellschaft dauern sollte [77]), wenn auch schon die Geschäfte noch nicht vollkommen beendiget wären [78]). VII. Wenn über das Vermögen eines Gesellschafters ein Concurs entsteht [79]), oder dasselbe confiscirt wird [80]). VIII. Wenn der Gegenstand der Societät gänzlich zu Grunde geht [81]).

Uebri-

73) *L. 40. L. 65. §. 9. in fin. D. h. t.* VOET h. t. §. 23. in fin.

74) *L. 4. §. 1. L. 63. §. 10. D. h. t.*

75) *L. 58. §. 2. L. 65 §. 11. D. h. t.*

76) *§. 6. I. h. t. L. 65. §. 10. D. eodem.*

77) *L. 1. pr. et L. 65. §. 6. D h. t.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XVI cap. 2. §. *Personis.* *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 65 §. 6. D. h. t.

78) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 36.

79) *L. 65 §. 1. D h. t. §. 8. I. eodem.* S. VINNIUS und *Ev.* OTTO Comm. ad §. 8. I. h. t. besonders *Ge. Steph.* WIESAND Opuscul. iurid. Specim. XI. Obs. 4. pag. 153. sqq.

80) *§. 7. I. h. t. L. 65. §. 12 D. eodem.* — Nam cum in eius locum alius sc. fiscus succedat, *pro mortuo* habetur S. *Iac.* CUJACIUS in Lib. 32. *Pauli* ad Edictum h. L. *Ianus a* COSTA et *Ev.* OTTO Comm. ad §. 7. I. h. t. *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris. cap. 26. (in *Iurispr. Rom. et Ati.* Tom. II) Sollte jedoch der in Concurs verfallene, oder durch Confiscation seiner Güter beraubte Gesellschafter, als socius, blos Dienste zu leisten haben, so dauert die Gesellschaft fort. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 26.

81) *L. 63. §. ult. D. h. t.*

Uebrigens kann die Aufhebung der Gesellschaft keinem Dritten zum Nachtheil gereichen, der einmal ein vollkommenes Recht gegen dieselbe erworben hat. Wenn daher 1) die Gesellschafter gewisse Verbindlichkeiten auf eine bestimmte Zeit mit einem Dritten contrahirt haben, und sich vor der Zeit trennen, so hat der Dritte dennoch ein Recht, zu verlangen, daß ihm der Contract bis auf die festgesetzte Zeit gehalten werde; und 2) wenn Schulden während der Gesellschaft contrahirt sind, so müssen diese bezahlt werden, wenn gleich die Gesellschaft aufhört [82]. Die Gläubiger können gegen einen jeden der gewesenen Mitglieder pro rata auf ihre Bezahlung klagen, und hat etwa einer von denselben durch Uebereinkunft der Interessenten die Schuld übernommen, so bindet dieses dennoch die Gläubiger nicht, wenn diese nicht selbst darein gewilliget haben. In solchen Fällen nun, da entweder die Gesellschafter wegen dieser Schulden in solidum haften, oder einer die Bezahlung derselben mit Befreyung der Uebrigen allein übernommen hat, müssen sich die socii einander bey der Trennung Caution leisten [83], und zwar in dem ersten Falle, daß sie gemeinschaftlich dafür zu ihrem Antheile haften, und den entschädigen wollen, der das Ganze bezahlt hat, oder in dem andern Falle, daß er die übernommenen Schulden auch wirklich bezahlen, oder, wenn die übrigen zu ihrem Antheile belangt werden würden, er dieselben entschädigen wolle [84].

82) *L. 27. D. h. t.*

83) *L. 41. D. de iudic. L. 38. pr. D. h. t. L. 67. pr. D. eod.*

84) *L. 27. et 28. D. h. t.* S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. LL.



